

THÈSE DE

PARIS,

1891

N^o. 51.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

THÉORIE DU

DIES CEDENS

EN MATIÈRE DE LEGS

DROIT FRANÇAIS

DE LA

GUERRE CONTINENTALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

CAMILLE GABIAT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

CORBEIL

IMPRIMERIE ÉD. CRÉTÉ

1891



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550229_0001

DROIT ROMAIN
THÉORIE DU
DIES CEDENS
EN MATIÈRE DE LEGS

DROIT FRANÇAIS
DE LA
GUERRE CONTINENTALE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
THÉORIE DU
DIES CEDENS
EN MATIÈRE DE LEGS

DROIT FRANÇAIS
DE LA
GUERRE CONTINENTALE

E POUR LE DOCTORAT

ET SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Lundi 14 Décembre 1891, à une heure

PAR

CAMILLE GABIAT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

et..... M. RENAULT.
Suffragants.... { M. RATAUD. } *Professeurs.*
 { M. GÉRARDIN. }
 { M. SAUZET.... } *Agrégé.*

CORBEIL
IMPRIMERIE ÉD. CRÉTÉ

1891

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSES DE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

La théorie de la *diei cessio* fait ressortir, avec pleine évidence, l'évolution parcourue par la législation dans la matière du legs. Dans la législation moderne, le legs est devenu une disposition indépendante de toute institution d'héritier. Dès le décès du testateur, le droit du légataire se manifeste solide, complet. Il serait difficile, étant données la nature du testament et celle du legs, de prévoir une transformation nouvelle, une indépendance plus caractérisée.

Dans la législation romaine, le legs se trouvait également soumis à la volonté du testateur, dans la période courant de la confection du testament à la mort du testateur.

Mais, à la différence de la législation moderne, la mort du testateur ne rendait pas le legs indépendant : sa validité dépendait toujours de l'institution d'héritier. En toute logique, les Romains auraient dû décider que le legs n'aurait pris naissance qu'à l'adition. Ils ont reculé devant les conséquences de ce système, et ont, — pour déjouer les calculs et négligences de l'héritier, — reconnu au légataire une situation plus avantageuse.

C'est cette situation résultant du jeu de la *diei cessio*, que nous nous proposons d'étudier.

DE LA

« DIEI CESSIO LEGATI »

La théorie de la *diei cessio* contient des principes fondamentaux qui dominent la matière des legs. L'expression *dies cedens*, qui s'applique également aux obligations, prend dans les legs une portée spéciale qu'il importe de déterminer.

Dans les legs, comme dans les obligations, *dies cedit*, le jour s'avance, s'emploie par opposition à *dies venit*, le jour est venu. La langue juridique établit une antithèse entre ces deux expressions, dont la seconde, *dies venit*, conserve dans les legs, où elle est d'ailleurs peu usitée, son sens et sa portée ordinaires : le terme marqué pour l'exigibilité est arrivé, l'échéance a eu lieu, on peut demander (1).

Il n'en est pas de même, disons-nous, de la première, *dies cedit*. Elle prend deux sens très distincts dans les legs et dans les obligations.

Dans les obligations, *dies cedit* signifie que le droit a une existence certaine. *Cedere diem*, dit un extrait où Ulpien étudie les effets du *dies cedens* dans la stipulation

(1) En matière d'obligations l'expression était au contraire d'un usage fréquent, et c'est par assimilation que les interprètes modernes ont emprunté cette expression à la matière des stipulations, pour la faire passer dans celle des legs, où elle conserve un sens identique : *Venire diem significat eum diem venisse quo pecunia peti possit* (Ulpien, L. 213, *De verb. signif.*).

(Dig. 213, 50, 16), *significat incipere deberi pecuniam*. Le *dies cedens* de l'obligation résultant de la stipulation se place au jour même où la stipulation est intervenue : *ubi purè quis stipulatus est et cessit et venit dies*. Le droit du stipulant est soustrait dès l'origine à toute éventualité ; il existe dans toute sa plénitude (1).

Dans les legs, au contraire, l'expression *dies legati cedit* a un sens bien différent. Tout d'abord le *dies cedens* du legs ne se place pas au jour de la confection du testament. C'est seulement au décès que *dies legati cedit*. D'ailleurs, tout en produisant des effets considérables, le *dies cedens* n'assure pas au légataire un droit exempt de toute incertitude.

« *Dies cedit*, signifie ici, écrit M. Orlolan, que le droit
» éventuel au legs est fixé, est déterminé au profit du lé-
» gataire et que l'exigibilité s'avance. Nous disons le droit
» éventuel, parce que le sort du legs dépendant toujours
» de celui du testament, si même, après que le *dies cedens*
» a eu lieu, *l'héritier refuse, est incapable* ou que le testa-
» ment tombe pour une cause ou pour une autre, tous les
» legs s'évanouiront. Le droit, même après que le *dies*
» *cedens* a eu lieu, n'est donc encore qu'éventuel. C'est une
» particularité de cette matière. »

Nous n'avons rien de semblable dans la législation moderne, où le legs produit tous ses effets juridiques dès le décès du testateur. Dès ce moment, le légataire peut en général exercer dans toute leur plénitude les droits que lui confère le testament. A la mort du testateur, le droit au legs est ouvert, certain et transmissible. Cette règle est consacrée en ces termes par l'alinéa 4^{er} de l'article 1014 du

(1) *Cedere diem significat incipere deberi pecuniam; venire diem significat eum diem venire quo pecunia peti possit. Ubi purè quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc conditione.*

code civil. « Tout legs pur et simple donnera au légataire, »
» du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée,
» droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause. »

« Tout legs pur et simple, dit M. Demolombe, ou mieux »
» encore, non conditionnel ; en effet, lorsque le legs est »
» conditionnel, nous verrons bientôt que d'après l'ar- »
» ticle 1040, le droit n'est acquis au légataire et transmissible »
» à ses héritiers qu'après l'accomplissement de la condition.

» Mais quel que soit d'ailleurs le jour de l'ouverture du »
» legs, la mort du testateur, s'il est pur et simple, ou l'é- »
» vénement de la condition, s'il est conditionnel, notre »
» règle est que de ce jour, le droit aux biens légués est »
» acquis *rectâ viâ* au légataire. »

Il en est tout autrement en droit romain. Par définition et dans son essence, le legs est une disposition contenue dans un testament ou codicille confirmé par testament, dépendant directement de l'institution de l'hérédité et de l'adition. Les Romains avaient été amenés à accepter le principe de la subordination absolue des legs à l'institution d'héritier par ce motif que le legs constitue une diminution de l'hérédité au profit de quelqu'un que le testateur veut favoriser (1). Il leur avait donc paru rationnel de décider que la disposition ne vaudrait que si l'héritier acceptait le patrimoine ainsi diminué, s'il approuvait la libéralité mise par son auteur à sa charge, en se constituant héritier (2).

(1) Florentin définit le legs, une diminution de l'hérédité au profit de quelqu'un que le testateur veut favoriser.

(2) L'héritier après avoir fait adition était considéré comme engagé par un quasi contrat. Le légataire pouvait désormais agir contre lui ; c'était le moment du *dies legati venit*.

Heres quoque, legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest); et tamen quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intelligitur. (Inst., § 3, III.)

L'admission de ce principe ne laissait pas que d'avoir parfois des résultats fâcheux pour le légataire. Si, en effet, l'adition tardait à se faire, et que le légataire vînt à mourir entre le décès du testateur et le moment de l'adition, non seulement il n'avait pas joui de la disposition faite par le testateur à son avantage, mais aussi ne pouvait-il transmettre à ses héritiers un droit qui n'était pas encore entré dans son patrimoine. La fraude de l'héritier pouvait d'ailleurs aggraver la situation. Il pouvait, voyant le légataire malade, mourant, retarder volontairement l'adition, dans l'espoir que la mort du légataire viendrait l'affranchir de l'obligation de payer le legs (1).

C'était une grave méconnaissance de l'intention du testateur. Les Romains, dont on connaît le respect (2) pour les testaments, s'appliquèrent à restreindre les inconvénients du principe de la subordination des legs à l'institution d'héritier. Ils y trouvèrent un correctif dans la « théorie de la *diei cessio* ».

Nous n'avons rien d'analogue dans la législation moderne. Il est donc particulièrement délicat de fournir une définition précise, exacte, d'une situation que l'on ne peut déterminer que par comparaison entre la législation romaine et la législation moderne.

On ne peut dire que la conséquence de la *diei cessio* soit d'ouvrir dès la mort du testateur un *droit* au profit du

(1) Il pouvait surgir d'autres inconvénients. Un testateur avait légué, par exemple, à un esclave ou à un fils de famille, dans le but de faire *profiter de la libéralité* le « dominus » ou le « paterfamilias ». Puis dans l'intervalle, entre le décès du testateur et l'adition d'héritier, l'esclave devient libre ou change de maître, le *filius familias* devient *sui juris* ou change de famille. Il y avait donc méconnaissance de la volonté du testateur, puisque le legs ne profitait pas à la personne qu'il avait l'intention de gratifier par cette disposition.

(2) Ce respect se trouve exprimé de la manière la plus énergique dans la vieille formule de la loi des XII Tables : *Uti legassit paterfamilias super pecunia tutelave suæ rei ita ius esto*.

légataire, droit non exigible et dont on ne pourra poursuivre l'exécution qu'au moment de l'adition. La « *diei cessio* » ne constitue certes pas un droit à terme (1). « L'expression *dies legati cedit*, dit M. Accarias, ne signifie pas et ne peut pas signifier que le droit ait dès à présent une existence certaine, puisque la *diei cessio* se place presque toujours au décès du testateur, et qu'à ce moment l'effet du legs reste encore subordonné à cette condition que l'héritier institué puisse et veuille faire adition. »

On ne peut pas dire davantage que la *diei cessio* donne ouverture à un véritable droit conditionnel au profit du légataire.

M. Mayns a soutenu le contraire : « On considéra, écrit-il, l'acquisition du legs comme dépendant de la condition *si heres adierit*, et on appliqua à ce cas les principes qui régissent les conventions conditionnelles. »

Il est certain qu'on peut établir certaines analogies entre le légataire *per damnationem* dans l'intervalle de temps qui sépare le *dies cedens* de l'adition, et le créancier conditionnel *pendente conditione* (2).

Cependant cette explication est inadmissible. En effet l'adition d'hérédité n'avait pas d'effet rétroactif au jour du décès. Ce point ne fait aucun doute pour la plupart des auteurs modernes. Il se base sur des textes nombreux et formels du Digeste. *Hereditas enim non heredis personam*

(1) Le droit à terme est celui dont l'exigibilité seule est retardée, mais non pas la formation :

Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti priusquam dies venerit, non potest (Inst. I, § 5, De verb. oblig.).

(2) Le créancier conditionnel ne peut pas, *pendente conditione*, agir de suite pour faire valoir son droit. Cependant la condition une fois accomplie rétroagit au jour du contrat. L'obligation est réputée avoir commencé à cette époque; elle est transmissible aux héritiers du créancier s'il vient à mourir. C'est également au jour du contrat que l'on se place pour apprécier l'étendue, la consistance de la chose qui fait l'objet de la convention, pour déterminer qui profitera de la créance, lorsque le stipulant est *alieni juris*.

sed defuncti, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est. (Loi 34, D. XLI, 1, *De acquirendo rerum dominio.*)
Hereditas personæ defuncti qui eam relinquit vice fungitur.
(Loi 116, § 3, *De leg.*, 1^o) (1).

Comment donc admettre que le légataire puisse être considéré comme ayant été créancier du legs dès la mort du testateur, alors que l'obligation de l'héritier débiteur du legs ne commence qu'avec son acceptation et ne rétroagit pas au delà ?

De même il est impossible de concilier la fiction de l'hérédité *jacente*, avec l'existence d'un droit de propriété même conditionnel au profit du légataire *per vindicationem*.

Le légataire, au moment de l'adition de l'hérédité, devenait successeur immédiat du testateur, dont la personne avait été représentée par l'hérédité *jacente* (2). Aussi n'avait-il pas droit dans l'intervalle aux fruits produits par l'objet légué; ces fruits *augment hereditatem* et appartiennent à l'héritier. Ils ne courent au profit du légataire que du jour de l'adition.

De même les acquisitions faites par l'esclave légué avant l'adition d'hérédité appartiennent à l'hérédité et non au légataire : *Quod servus legatus ante aditam hereditatem adquisivit hereditati acquirit* (Loi 28, *De legat.*, II, D.).

L'avantage qui résulte de la *diei cessio* accomplie ne constitue pas *un droit* dans le sens général du mot. Un

(1) Suivant M. Accarias, on ne peut voir qu'une distraction et une inconséquence dans l'insertion au Digeste de plusieurs textes qui consacrent expressément l'effet rétroactif de l'adition :

En ce sens : Florent., Loi 54, D., *De acquirendo vel omittenda hereditate* (XXIX, II). — Gaius, Loi 28, § 4, D., *De stipul. servorum* (XLV, III). — Pomponius, Loi 24, D., *De novationibus* (XLVI, II).

(2) Dans le système proculien la chose était *res nullius* du décès à l'adition.

droit — réel ou personnel — se traduit par un intérêt pécuniaire. Or quelle sera la valeur pécuniaire du droit résultant de la *diei cessio*?

Nous devons donc dire qu'il y a là en réalité un droit *sui generis*, qu'on ne pourrait mieux caractériser qu'en employant la définition de M. Gide « une espérance transmissible (1) ».

« Cette espérance transmissible », ce droit *sui generis* conséquence de la réalisation de la *diei cessio* s'applique d'ailleurs à tous les legs.

Les Romains distinguent quatre espèces de legs.

Le legs per vindicationem, s'il est fait dans la forme : *Lucio Titio, hominem Stichum Do, Lego*. Il donne au légataire la reivindicatio et ne peut porter que sur les choses appartenant au testateur.

Le legs per damnationem dont la formule est : « *Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto* » ; il est sanctionné par l'action ex testamento.

Le legs Sinendi modo ainsi formulé : *Heres meus damnas esto sincere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibi habere*.

Il donnait également lieu à l'action ex testamento.

Enfin le legs per præceptionem ainsi conçu : *Lucius Titius hominem Stichum præcipito* et qui était sanctionné par l'action *familiæ erciscundæ*.

La différence des formules alla d'ailleurs s'atténuant sans cesse. Elle finit par s'effacer à la suite du sénatus-consulte néronien, d'une constitution de l'an 339, rendue par les fils de Constantin et d'une constitution de Justinien, ramenant tous les legs à une seule espèce. Il ne subsista de différences entre les legs que celles qui résultent de la

(1) Comme l'établit M. Bufnoir, dans son *Traité de la condition*, les droits éventuels sont transmissibles indépendamment de toute idée de rétroactivité de l'éventualité dont ils dépendent.

nature même des choses, en vertu de laquelle un legs produit, tantôt un droit de créance, tantôt un droit réel, selon l'intention du testateur, et le droit que lui-même possède sur l'objet légué.

ÉPOQUE DE LA « DIEI CESSIO ».

Les Romains, pour préciser à quel moment avait lieu le *dies cedit*, distinguaient entre les legs purs et simples ou à terme d'une part, et d'autre part les legs conditionnels.

Dans le droit primitif, la *diei cessio* s'effectue au jour du décès du testateur pour les legs purs et simples : *Itaque si purum legatum est, ex die mortis dies ejus cedit* (1).

Il en est de même pour les legs à terme, *ex die certo, in diem, post diem*, lorsqu'il s'agit de ces termes qui n'équivalent pas à une condition. Tel le legs de cent sous d'or payables aux calendes de janvier, ou tant d'années après l'adition, tant d'années après la mort du testateur. La *diei cessio* de ces legs a lieu, comme pour les legs purs et simples, *à morte testatoris*. On peut donc les confondre dans notre discussion et admettre avec M. Mayns que, « par legs pur et simple, nous entendons le legs dont l'efficacité ne dépend d'aucune condition ». En ce sens Ulpien, Loi 5, § 1 : *Si vero post diem sint legata relictæ, simili modo, atque in puris dies cedit*

De même, Paul, Loi 21, pr. h. t.

Sous l'empire des lois caducaires une modification fut apportée à la fixation du *dies cedens*. L'époque en fut retardée jusqu'au jour de l'ouverture des tablettes du testament (*apertura tabularum*). L'innovation eut donc comme résultat de reculer le *dies cedens* ; il ne se plaça plus à la mort du testateur, mais à une époque postérieure.

(1) Ulpien, Loi 5, § 1 h. t.

« Le *dies aperturæ tabulæ*, nous dit M. Machelard (dans » sa dissertation sur le droit d'accroissement), fut substitué » au *dies mortis*, en empruntant les règles relatives à cet » ancien *dies*. Il y eut toujours une distinction entre les » legs dont le *dies cedit* était le plus rapide possible, et » n'était différé par aucune circonstance, et les legs pour » lesquels le *dies cedit* était reculé au delà de la règle » habituelle, soit par la volonté du testateur, quand il » avait disposé conditionnellement, soit à raison de la » particularité du legs (1) quand il s'agissait d'un usufruit » légué ou de quelque autre sorte le legs. »

Cette innovation ne déterminait d'ailleurs qu'un léger retard de la *diei cessio*. Paul déclare en effet que l'ouverture des testaments devait avoir lieu le plus tôt possible, *statim post mortem testatoris* (2). A la vérité les délais ont varié suivant les époques, mais généralement, et sauf le cas d'absence, le testament devait être présenté aux magistrats dans le délai de trois ou de cinq jours après le décès, *et ideo quamvis sit rescriptis variatum tamen a præsentibus intra triduum vel quinque dies aperiendæ sunt tabulæ*. En cas d'absence, l'ouverture devait se faire dans le même délai après leur retour : *ab absentibus quoque intra eos dies, cum supervenerint*.

Il est difficile de déterminer si cette modification dérive de la loi *Papia Poppæa* ou d'un sénatus-consulte postérieur. Suivant Ulpien, elle aurait été introduite par la loi *Papia* elle-même : *Legatorum quæ purè vel in diem certum relicta sunt dies cedit antiquo quidem jure ex mortis testatoris tempore : per legem autem Papiam Poppæam ex apertis tabulis testamenti*. (T. XXIV, fr. 34.)

Justinien expose au contraire au Code, loi unique *De caducis tollendis*, que le recul du *dies cedens* fut l'œuvre de sénatus-consultes qui complétèrent cette loi *Papia*

(1) Reg. Ulp., t. XXIV, fr. 34.

(2) *Sent.*, livre IV, titre VI.

Poppæa : *Et ideo non a morte testatoris, sed ab apertura tabularum dies cedere legatorum*, SENATUS CONSULTA quæ circa legem Papiam introducta sunt, concesserunt.

La solution ne présente d'ailleurs qu'un intérêt fort secondaire. Nous trouvons exprimé, en poursuivant la lecture de la loi 1 (Code, *De cad. tollendis*), le motif qui poussait à reculer l'époque de la *diei cessio* : *Ut quod in medio deficiat, hoc caducum fiat*, pour que, si le légataire venait à mourir entre le décès du testateur et l'ouverture du testament, le legs, au lieu de passer à ses héritiers, se trouvât dévolu aux *patres* ou au Trésor public à titre de *caducum* (1). Le législateur se serait donc proposé, par cette disposition, d'augmenter les chances de caducité des dispositions testamentaires.

Cette explication est loin d'être acceptée par tout le monde. On fait observer avec raison que la suspension de tous les droits jusqu'à l'*apertura tabularum* pouvait, puisqu'elle était générale, atteindre les privilégiés aussi bien que les autres. On ne s'était donc pas proposé par cette mesure d'améliorer la position des *patres* : car le bienfait qu'on eût voulu leur accorder pouvait se retourner contre eux.

Paul donne raison par la rubrique du titre, où il traite l'*apertura tabularum* (2), à ceux qui, comme M. Machelard, voient dans le recul du *dies cedens* une disposition qui se propose surtout d'assurer à l'État des ressources nouvelles.

Ce titre VI est intitulé *De vicesima*. Il y est question d'un impôt d'un vingtième, établi sous Auguste pour frapper les dispositions testamentaires. On constate, dans le fragment 3 de ce titre, le souci que prend le jurisconsulte Paul de l'intérêt du fisc. Les tablettes du testament doivent s'ouvrir le plus tôt possible; dans les trois jours :

(1) *Lex unica*, § 1, Code, *De cad. tollendis*, VI, § 5, 1^o.

(2) Titre VI.

les droits des différents intéressés, notamment celui de l'État ne doivent pas souffrir un plus long retard : *Nec enim oportet testamentum heredibus aut legatariis aut libertatibus, quam necessario vectigali moram fieri.*

Il n'y avait donc dans cette mesure, dans ce retard, qu'une idée fiscale, un moyen d'assurer la publicité des testaments et de faciliter le recouvrement de l'impôt. Pour accélérer l'accomplissement de l'*apertura tabularum* les auteurs de la loi Papia avaient imaginé d'y intéresser les héritiers en déclarant qu'il ne serait pas permis de faire adition tant que les tablettes du testament n'auraient pas été ouvertes. Et par voie de conséquence, nous dit M. Machelard, le législateur aurait été amené à retarder l'époque de la *diei cessio* dans les legs. « Le retard apporté à la » délation de l'hérédité entraîna par suite un retard dans » le *dies cedens* des legs purs et simples. Tant qu'il n'y » avait pas encore de droit ouvert pour la disposition » principale, pour l'institution, il devait en être de même » à l'égard des dispositions accessoires. »

Cette explication de M. Machelard est bien fondée. Une constitution de Théodose et de Valentinien établit avec évidence le rapport qui existait pour les jurisconsultes entre l'adition d'hérédité et la *diei cessio* des legs.

La constitution dispose que l'hérédité devient transmissible pour les descendants institués morts *ante apertas tabulas* (1). Et il y est ajouté, par une déduction qui semble naturelle, que la même dérogation au droit commun s'appliquera aux cas où les descendants, au lieu d'être institués héritiers auront été gratifiés d'un legs ou d'un fidéicommiss : *Quod scilicet etiam super legatis seu fideicommissis a patre vel a matre.*

« Le décès de ce légataire ou de ce fidéicommissaire, » conclut Machelard, ne fut plus désormais un obstacle

(1) Code, livre VI, titre LII, *De his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt.*

» à ce que sa postérité recueillit le bénéfice de ces dispositions, contrairement aux règles ordinaires du *dies cedit*. »

Cette constitution apportait donc, en ce qui concerne la *diei cessio legati*, une première dérogation à l'application des lois Caducaires. Ces lois finirent par tomber en désuétude. Justinien abrogea définitivement (1) ce qui restait encore de cette législation démodée et rétablit l'ancienne règle.

Tout héritier put de nouveau faire adition dès le décès et conséquemment le *dies cedens* eut lieu à cette même époque pour les legs et fidéicommiss, soit purs et simples, soit *in diem certum* (2).

Primum hoc corrigentes et antiquum statum renovantes sancimus, omnes habere licentiam a morte testatoris adire hereditatem, similique modo legatorum vel fideicommissorum purè vel in diem certum relictorum diem a morte testatoris cedere (3).

LEGS CONDITIONNEL

Un legs a été subordonné à une condition ; si la condition est réalisée au jour du décès du disposant, le *dies cedit* aura lieu *a morte testatoris*, comme au cas d'un legs pur et simple *ab initio*.

La condition est encore pendante au jour du décès ; le *dies cedens* n'aura lieu qu'*ab eventu conditionis*, c'est-à-dire au moment de l'accomplissement de la condition. Ce n'est qu'à cette époque que les droits résultant de l'acte conditionnel produiront leurs effets. Il importe donc que le légataire soit encore vivant et capable au moment où

(1) Suivant Machelard et Vangerow, dès l'époque de la rédaction des Pandectes, c'est-à-dire avant la constitution *De caducis tollendis*, la *diei cessio* avait été reportée en fait au jour du décès.

(2) Loi unique *De cad. tollendis*, § 1. Comparer Loi unique, *De cad. toll.*, § 5.

(3) Code, livre VIII, titre LVIII, Constantin : *De infirmendis*.

se réalise la condition : *Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta; ne quidem si ea sit conditio, quæ in potestate sit legatarii.* (Ulp., frg. 5, § 2, h. t.)

Le *dies cedens* et le *dies veniens* se confondent donc lorsque la condition n'arrive qu'après l'adition.

La grande conséquence de cette règle qui recule à l'avènement de la condition le moment du *dies cedens*, c'est que le droit dérivant d'un legs conditionnel n'est pas transmissible aux héritiers du légataire décédé, *pendente conditione*.

Quel est le fondement rationnel de cette règle ?

L'intuitus personæ est la notion déterminante.

Dans l'esprit du testateur, telle personne devait survivre à tel événement pour profiter de sa libéralité. Il était normal qu'en cas de prédécès les héritiers du légataire ne recueillissent pas un avantage qui ne leur était pas destiné. Le droit de ce légataire était donc plein d'incertitude et il n'était pas qualifié créancier tant que la condition demeurerait en suspens.

Tout au contraire était le cas du stipulant. Ulpien résume en ces termes les différences qui existent entre le stipulant conditionnel et le légataire sous condition suspensive d'un droit de créance (*per damnationem*).

Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc, quam ex titerit conditio, quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet, etiam pendente conditione crenitorem esse. (Loi 42, XLIV, 7.)

Il convient d'établir d'une façon plus précise les analogies et différences qui existent entre les legs de créance et la stipulation conditionnels.

Quel est l'effet juridique produit par un contrat conditionnel ?

Le *contrat conditionnel*, tant que la condition est en suspens, ne donne naissance à aucun droit ni à aucune obligation. Mais ce principe est loin d'être absolu. « Deux » correctifs, dit M. Bufnoir dans sa *Théorie de la condition*, intervenaient, dont les effets ne laissent pas d'être » considérables. »

1° Il y avait au profit du créancier conditionnel une *spes debitum iri*, qui constituait dès à présent dans son patrimoine un droit *sui generis* dont l'efficacité demeurerait indépendante de la pure volonté du débiteur.

L'acquisition de cette *spes debitum iri* exigeait *ab initio*, chez les parties, la capacité de contracter suivant le rôle qu'elles jouaient dans le contrat (1).

Le droit se transmettait activement et passivement aux héritiers des contractants.

2° La condition accomplie avait un effet rétroactif et venait après coup faire produire au contrat conditionnel certains effets dans le passé (2).

Quelle est, par contre, la nature du droit du légataire conditionnel?

Le droit du légataire conditionnel consiste bien, à partir du décès, et *pendente conditione*, en une *spes debitum iri*; comme le droit du créancier conditionnel en vertu d'un contrat.

Mais cette *spes debitum iri*, n'est pas considérée comme un droit faisant d'ores et déjà partie du patrimoine du légataire et notamment transmissible à ses héritiers.

De plus, la fiction de rétroactivité n'intervenait pas, au profit du légataire, pour corriger la règle qui reportait à l'avènement de la condition, la naissance des droits et obligations résultant du legs.

On a voulu expliquer, par ce défaut de rétroactivité de

(1) Loi 26, XLV, 3.

(2) Loi 18, Dig., *De div. reg.*, I, 7.

la condition accomplie dans les legs, la différence considérable entre la stipulation et le legs conditionnel au point de vue de la transmissibilité du droit aux héritiers. Cette différence, nous l'avons dit, provient de ce que le legs est fait *intuitu personæ* ; quand on contracte, au contraire, on stipule pour soi et pour ses héritiers. Il ne convient donc pas de rattacher la transmissibilité à la rétroactivité de la condition comme l'indique la loi 8. (Dig., XVIII, 6) (1).

Nous ne considérons donc pas comme exact le motif donné ; car il y a, malgré l'absence de rétroactivité, transmissibilité passive dans les legs conditionnels.

Le principal effet juridique de cette *spes debitum iri* qui appartient au légataire sous condition, est d'établir un lien à la charge de l'héritier qui fait adition, lien transmissible passivement et dont il ne peut se débarrasser en empêchant *injuria* l'accomplissement de la condition : *legato sub conditione relicto, si heres a quo sub conditione legatum est, pendente conditione, moriatur heredem suum obligatum relinquit.*

Un autre effet important de la *spes debitum iri* et qui suffirait à lui seul pour établir que le légataire conditionnel est loin d'être confondu avec un individu sans droit, c'est que sa créance conditionnelle, comme celle qui résulte d'un contrat, peut être dès à présent garantie par une hypothèque, par une fidéjussion. Il est constant qu'il peut obtenir la *cautio legatorum* (Inst., livre III, titre XVIII, § 2). De même il peut y avoir novation. M. Bufnoir, pour caractériser, au moyen d'une formule juridique, cette situation *sui generis* du légataire conditionnel, l'assimile au créancier d'une obligation future (2).

(1) *Quod si pendente conditione emptor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emptione in præteritum.*

(2) Le légataire conditionnel d'un legs *per vindicationem* ne pouvait également pas être considéré comme propriétaire sous condition

DES CONDITIONS APPARENTES.

Écartons tout d'abord des conditions apparentes désignées par les interprètes, sous l'expression de *conditiones conceptæ in præteritum vel præsens tempus*. Telle la disposition laissée sous la clause : *Do, lego, si Titius consul fuerit ; si Rex Parthorum vivit*.

L'incertitude n'existe que dans l'esprit du disposant ; si l'événement auquel on se réfère a réellement existé, l'acte sera traité comme ayant été pur et simple *ab initio*. Le *diei cessio* se placera donc à la mort du testateur. Si, au contraire, le fait passé ou présent auquel on subordonne l'efficacité de la disposition n'a pas eu lieu, le legs était inexistant *ab initio*. Dans l'un et l'autre cas, rien de commun avec la condition qui, par définition, est un événement futur. « De là il suit, dit M. Bufnoir, que si, dans un acte, » on s'est référé, sous forme de condition, à un événement » supposé, passé ou présent, mais inconnu du disposant, » cet acte ne sera pas conditionnel en réalité. En termes » plus brefs, les conditions *que ad præteritum vel ad præ-* » *sens tempus referuntur*, ne sont que des conditions ap- » parentes. » (Loi 3, § 13, *De bonis libertorum*, XXXIII, 2).

Si tamen in præteritum collata sit conditio, vel ad præsens, non videtur sub conditione institutus, aut enim impleta est, et purè institutus est aut non est et nec heres institutus est.

Des conditions « extrinsecus venientes ». — « Il est », dit Ortolan, « suivant la nature des divers actes, des conditions qui y sont légalement et forcément inhérentes, » sans lesquelles ces actes ne peuvent exister ou ne peuvent » produire leurs effets et qu'il est inutile d'exprimer parce

suspensive. L'acquisition de la propriété est reportée à l'avènement de la condition et le légataire n'a aucun droit aux fruits. Pour les proculiens, elle est *res nullius*, pour les sabiniens, *res heredis*.

» qu'elles résultent comme règle générale du droit lui-même. » *Si vi ipsa conditio insit.* Tel le cas où je lègue à Gaius, s'il me survit ; si mon testament ne devient pas *irritum* ; si mon héritier fait adition. Ce sont là des conditions tacites ou légales, ou, comme disent certains textes, des conditions *quæ extrinsecus veniunt*. On ne doit pas les regarder comme de véritables conditions, ni comme en produisant les effets. « Il n'y a condition, écrit M. Bufnoir, » qu'autant que c'est en vertu de la volonté des parties, » que la formation d'un rapport de droit ou son extinction » est suspendue par un événement futur et incertain. » C'est ce qu'exprime Papinien (Loi 99, liv. XXXV, titre I, *De conditionibus*) : *Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est quæ tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia.*

Il est donc rationnel d'admettre que la condition *extrinsecus veniens* n'empêche pas, en ce qui concerne l'époque de la *diei cessio*, le legs d'être réputé pur et simple. C'est ce que constate Paul (Loi 6, § 1, h. t.) : *At si extrinsecus suspendatur legatum ; non ex ipso testamento, licet ante decedat legatarius, ad heredem transmisisse legatum.*

Parcourons quelques applications.

1° Des dispositions mises à la charge d'un héritier institué *sub conditione*.

Un legs dépend toujours du testament qui le renferme ; l'institution fût-elle pure et simple que le legs serait subordonné encore à la condition que l'héritier pourra ou voudra bien faire adition. L'adjonction d'une condition à l'institution ne fait qu'augmenter pour le légataire les chances d'inefficacité de la disposition faite en sa faveur. Évidemment tous les legs contenus dans le testament seront tacitement soumis à la même condition ; ils domberont infailliblement si l'institution d'héritier ne produit pas son effet. Cette condition tacite les laissera cepen-

dant purs et simples et ils n'en auront pas moins leur *dies cedens* au jour du décès du testateur. Bien plus; la disposition ne serait pas conditionnelle lorsque, procédant par redondance, le testateur exprime spécialement ces conditions tacites : *Legatum sub eadem conditione relictum sub qua etiam heres alius institutus est, purum intelligatur* (1).

Pomponius cite quelques exemples de conditions superflues : *Titius heres esto; si Titius hereditatem meam adierit Mœvio decem dato* (2). Il faut, dit le jurisconsulte, tenir cette condition *pro non scripta*. Le legs passera à l'héritier de Mœvius alors même qu'il mourrait avant que Titus eût fait adition.

2° De même, *si Titius hereditatem meam adierit, intra dies centum Mœvio dato*.

C'est un legs à terme et non conditionnel.

Un texte de Paul (3) applique à la matière de la *diei cessio* le principe posé par Gaius dans la loi 107. Le jurisconsulte se demande à quelle époque aura lieu le *dies cedens* d'un legs laissé sous la condition même dont dépend l'institution d'héritier. Paul, s'en référant à la décision de Pomponius qu'il adopte, déclare aussi que la *diei cessio* aura lieu comme pour un legs pur et simple. Car on est certain, poursuit-il, que si l'héritier fait adition, *herede existente*, le legs sera dû. La condition mise à l'institution d'héritier ne rend pas les legs incertains et l'espèce dont il s'agit est semblable à celle-ci : *si heres erit, dato*.

Paul examine une autre hypothèse de la loi 1 de notre titre. Il s'occupe du legs mis à la charge du substitué

(1) Gaius, loi 107, xxv, 1.

(2) Loi 22, § 1, h. t.

(3) Loi 21, § 1, 36, 2°.

pupillaire. La substitution pupillaire est une institution essentiellement conditionnelle. Les legs n'existent en effet que sous la condition de l'ouverture du droit du substitué. Ce legs est réputé écrit *in primis tabulis* et a son *dies cedens* au jour même du décès du testateur : *Mortuo patre, licet vivo pupillo, dies legatorum a substituto datorum cedit*. Même décision de la part d'Ulpien (1).

Le même Ulpien prévoit le cas d'une substitution vulgaire avec un legs à la charge du substitué et la résout conformément au même principe (2). La *diei cessio* s'est déjà produite pendant que l'héritier délibère. *Defuncto legatario, non nocebit, si postea heres institutus repudiavit, nam ad heredem suum transtulit petitionem*.

Legs d'une chose future. — Ces dispositions sont nécessairement soumises à une condition tacite : *Inest autem conditio legati*, dit Pomponius (Loi 1, § 3, liv. XXXV, 1°), *veluti quum ita legamus : quod ex Arethusa natum fuerit, heres dato, aut : fructus, qui ex eo fundo percepti fuerint, heres dato, aut : servum quem alii non legavero, Seio dato*.

Papinien, appliquant ce principe à la matière du *dies cedens* (3), déclare que si le testateur a légué l'enfant qui naîtra de l'esclave Aréthuse, ou les fruits produits par tel fonds, la *diei cessio* aura lieu à la mort du testateur. *Dies legati, cuii conditio non adscribitur quamvis extrinsecus expectanda sit, cedit*.

Dans le même texte (4), Papinien examine une hypothèse analogue. Un testateur a légué ce qu'un pupille lui doit. La dette a été contractée *sine auctoritate tutoris* et le pupille ne s'est pas enrichi? Quel sera le sort de ce legs.

(1) Loi 7, § 4, h. t.

(2) Loi 7, § 3, h. t.

(3) Loi 25, § 1, XXXVI, 2.

(4) *Heres meus Titio dato, quod mihi Seius debet*. *Petitor* désigne ici improprement testateur. (Pellat). Suivant Savigny : légataire.

Si ce testateur en disant : « ce que Seïus me doit », a voulu désigner une dette présente (*præsens debitum*), une dette actuellement exigible, le legs est sans effet, parce que le pupille n'est tenu d'aucune dette de ce genre (*nihil ejus debet*) ; il n'est point tenu d'une dette proprement dite, exigible par le moyen d'une action. Mais, si le testateur a eu en vue l'obligation naturelle, et par conséquent ce que le débiteur pourra un jour payer, le legs produira un effet. Le légataire Titius ne pourra pas sans doute, dès ce moment, demander à l'héritier de lui céder sa créance... Le légataire devra attendre le payement que le pupille pourra volontairement effectuer. Ce legs renferme une condition tacite (1), comme s'il avait dit : *Titio dato, quod pupillus solverit, vel si legasset; quod ex Arethusa natum erit, vel fructus qui in illo fundo nascentur*.

Ces hypothèses présentent, au dire de Paul (2), moins une condition qu'un retard apporté à l'exécution du legs, *magis enim mora quam conditio legato injecta videtur*.

Ce texte donne encore un exemple d'une condition tacite : un mari lègue à un tiers une chose dotale ; par compensation, il lègue à sa femme une somme d'argent. Le légataire décède ensuite pendant que la femme délibère si elle acceptera le legs ou réclamera sa dot ; puis, en définitive, elle réclame le legs. En ce cas, répond Paul, et Julien pense de même, le droit du légataire est transmis à ses héritiers (3).

Il peut y avoir parfois doute sur la nature d'une condition exprimée. N'est-elle que l'énonciation d'une condition tacite ou est-elle au contraire une condition véritable ? Que décider, par exemple, au cas d'un legs sous la condition *si legatarius voluerit* ?

(1) Pellat, texte choisi.

(2) Loi 6, § 1, *in fine*, h. t.

(3) Édit *De alterutro*.

Gaius (Loi 69, *De cond.*, xxxv, 1) rapporte, sans la contredire, l'opinion de Proculus et de Labéon. Sabiniens et proculiens (1) semblent d'accord pour y voir une véritable condition qui suspend jusqu'à sa réalisation de *dies cedens* du legs : *Si ita expressum erit? Titio, si voluerit, do, lego... Apud Labeonem, Proculus notat, non aliter ad heredem legatarii pertinere, quam si ipse legatarius voluerit, quia conditio personæ injuncta videtur.*

La clause *si legatarius voluerit* rendait donc le legs conditionnel. L'acquisition du droit au legs était subordonnée à l'acceptation du légataire. Comme dans le legs d'option à l'époque classique, le légataire devait lui-même, *ipse*, se prononcer. Si donc il ne manifestait pas sa volonté avant de mourir, ses héritiers ne pouvaient le faire en son lieu et place et acquérir le legs.

Il en était tout au contraire de la clause *si heres voluerit*, appliquée à l'institution. Elle était une simple répétition, une redondance. Elle ne rendait donc pas les legs conditionnels. Le décès du testateur, à la différence de ce qui passe pour les legs, n'ouvre à l'héritier aucun droit transmissible. Il ne devient héritier que par son acceptation nécessairement personnelle.

CAS OU LA CONDITION NE FAIT PAS OBSTACLE A CE QUE
LE « DIES CEDENS » AIT LIEU AU DÉCÈS.

1^o Loi 5, § 3 *h. t.* — *Sed si ea conditio fuit, quam prætor remittit, statim dies cedit.* — Il est évident que si le préteur relève de la condition à accomplir, le legs devra être considéré comme pur et simple; son *dies cedens* aura donc lieu au décès du testateur.

(1) M. Bufnoir fait remarquer, avec raison, que l'accord des sabiniens et des proculiens n'existe que sur la question du *droit au legs*; un différend profond les divise, au contraire, en matière de legs *per vindicationem* en ce qui concerne l'acceptation nécessaire pour faire acquérir la chose léguée.

L'édit du préteur sur cette matière est relaté par Ulpien (8, titre VII, *De conditi. Instit. pr.*). Le préteur y condamne les institutions soumises à la condition d'un serment, et déclare qu'il dispense du serment pour éviter des parjures ou un dommage chez l'homme scrupuleux : *Hoc edictum etiam ad legata pertinet, non tantum ad heredum institutionum.*

2° La loi 5 poursuit, au paragraphe 4 : *Idemque et in impossibili conditione quia pro puro hoc legatum habetur.*

Comme les conditions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, les conditions impossibles sont réputées non écrites dans les legs comme dans les institutions (Loi 14, *De cond. Inst.*, XXVIII, 7).

De même les conditions nécessaires, « comme si », dit M. Bufnoir, « je subordonne telle disposition à l'existence » d'une éclipse à la date annoncée. Ce ne sont en réalité » que des conditions apparentes. Le legs est tenu pour » pur et simple. Le *dies cedens* se place donc naturelle- » ment à la mort du testateur. »

3° Quelquefois la condition sera réputée accomplie.

Ainsi la condition de donner ou de faire imposée au légataire et ne pouvant s'accomplir qu'avec le concours d'un tiers est réputée accomplie par cela seul que le tiers refuse son concours. Tel serait le cas prévu par la loi 13 (*De condit.*) où un legs est fait à la condition de laisser une certaine somme d'argent, à un pupille ou à un *furiosus* ; si le curateur ou le tuteur refusent de recevoir l'argent, la condition n'en est pas moins réputée accomplie.

Nous trouvons dans notre titre (Loi 5, § 5), deux applications de ces conditions, *quæ per legatarium non stant, quominus impleantur*. Leur accomplissement dépend ou bien de l'héritier, ou bien de la personne en laquelle on a reçu l'ordre d'obéir à la condition : *In cujus persona jussus est parere conditioni*. Ainsi la disposition est subor-

donnée à la condition de donner dix à l'héritier, et il ne veut pas les accepter. De même le legs m'est fait sous la condition d'épouser Seia et elle refuse.

De l'un et l'autre cas, le *dies cedit* a lieu parce qu'il ne dépend pas du légataire qu'il n'obéisse à la condition, mais que c'est par le fait d'un autre qu'on ne peut la remplir. Le *dies cedit* aura donc lieu au jour où cette impossibilité se sera clairement manifestée.

4° De même la condition *quandoque liberos habuerit* est censée remplie, *si prægnante uxore relicta decesserit; si tamen posthumus natus fuerit* (18, *h. t.*).

DU MODUS.

Le *modus* ne doit pas être confondu avec la condition proprement dite. Le legs est fait sous un mode, lorsque le défunt impose au légataire la destination de la chose léguée ou le soumet à une charge, mais sans vouloir qu'elle tienne le legs en suspens et l'empêche d'être pur et simple. La distinction entre le mode et la condition ne se fera le plus souvent que par interprétation de la volonté du testateur. Les effets sont très différents.

Le *modus* ne s'oppose pas à ce que le *dies cedens* se produise *a morte testatoris*; le legs devient exigible avant l'exécution du *modus* par cela seul que le légataire promet de l'exécuter. (Loi 19, *De legatis*, 3°.)

En outre l'exécution du *modus* devenant impossible par un cas fortuit quelconque, il paraît probable que le légataire est simplement libéré de son obligation, mais ne perd pas le bénéfice du legs. « J'entends en ce sens », dit M. Accarias, « un texte qui, appliqué à une véritable » condition, donnerait lieu à une difficulté sérieuse. »

Il s'agit d'un texte de Pomponius (1). Un legs était

(1) Loi 54, § 2, *De legatis*.

subordonné à l'affranchissement d'un esclave du légataire; la mort de cet esclave s'oppose à l'affranchissement. Le legs n'en est pas moins dû, au sens du jurisconsulte : *Quia per te non stetit quominus perveniat ad libertatem.*

On a voulu déduire de ce texte que tout legs subordonné à une condition de donner ou de faire devient pur et simple, lorsqu'un cas fortuit quelconque vient rendre l'exécution de la condition impossible.

Cette assertion est en contradiction avec la doctrine générale. Nous déduisons notamment, par *à contrario*, de la loi 20 (§ 3, XL, 7) un argument fondé sur l'avis de Paul et de Julien. Suivant ces deux jurisconsultes, une seule exception pouvait être apportée à la règle commune que le cas fortuit ne relevait pas de l'accomplissement de la condition et c'était pour la matière spéciale de l'affranchissement. La condition en était alors réputée accomplie *favore libertatis*, par cela seul que l'accomplissement en devenait impossible sans le fait de l'esclave intéressé.

L'explication fournie par M. Accarias du texte de Pomponius établit que la décision du jurisconsulte ne contredit pas la doctrine générale. L'hypothèse de la loi 54 serait moins une condition qu'un simple *modus*.

Condition potestative. — Le legs est subordonné à l'accomplissement d'une condition dépendant de la volonté du légataire, condition négative ou bien affirmative et consistant alors dans l'accomplissement d'un fait à renouveler périodiquement.

Dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'une condition potestative et l'accomplissement ne sera sûr qu'à la mort du légataire. La disposition perd alors son caractère conditionnel ou plutôt la condition qui devait le tenir en suspens se transforme en une condition résolutoire. Le *dies cedit* du legs a lieu immédiatement; on peut en exiger la délivrance en fournissant la caution mucienne

aux héritiers. L'application de la caution mucienne, dit Ulpien (Loi 7, pr. *De condit.*), est utile dans les legs subordonnés à la condition d'une abstention; telles les dispositions, *si in Capitolium non ascenderit, si stichum non manumiserit, et in similibus*.

Quel est le fondement rationnel de la caution mucienne? S'agit-il d'assurer la transmissibilité du legs?

La caution mucienne est utilisée dans les institutions d'hérédité, comme dans la matière des legs. Lorsque la caution est fournie par un institué, son but est d'assurer la transmission de la succession. Ces conditions sont telles que, pour être certain qu'elles ne défailiraient pas, il faudrait attendre jusqu'à la mort de l'héritier. Or, comme la mort de l'institué rend l'adition impossible, une pareille condition n'aurait pas de sens, étant d'avance condamnée à ne produire aucun effet. La caution mucienne dans les institutions assure donc la transmissibilité.

L'explication à donner est différente dans les legs. En admettant que ces legs fussent traités comme vraiment conditionnels, la condition s'accomplirait au plus tard au dernier moment de la vie du légataire. La *diei cessio* s'opérerait alors et le legs deviendrait transmissible. L'introduction de la caution mucienne en matière de legs repose sur d'autres considérations. On s'est inspiré d'une raison d'équité. Il aurait été dur, pense M. Accarias, que, s'appliquant tous les jours à mériter le legs, le légataire fût d'avance condamné à n'en jamais jouir lui-même et à ne le gagner que pour ses héritiers.

CAS OU, SOUS L'APPARENCE D'UN LEGS PUR ET SIMPLE
OU A TERME, SE CACHE UNE VÉRITABLE CONDITION. |

1° *Un legs pur et simple suivi d'une révocation conditionnelle est un legs conditionnel.* — En ce sens Paul (6, Pr., h. t.) : *Quod pure datum est si sub conditione adimatur,*

quasi sub conditione legatum habetur. En fait, ce legs est subordonné à une condition inverse de celle qui tient la révocation en suspens, *quia sub contraria conditione datum intelligitur* (Loi 107, *in fine*, *De condit.*).

Le legs se trouve subordonné à une condition en quelque sorte expresse. La *diei cessio* ne peut avoir lieu que par la défaillance de la condition et au moment même de sa défaillance; si elle ne se réalise pas avant le décès du légataire, son droit n'est pas transmis aux héritiers. Un texte de Julien est formel sur ce point (Loi 10, 34, 4^o, *De adimendis vel transf. legatis*). On laisse à Titius un legs pur et simple, mais soumis à une révocation conditionnelle. Il décède, la condition étant encore pendante. Le droit au legs ne pourrait être transmis aux héritiers, la condition se réalisant ensuite : *Nam legatum quum sub conditione adimitur perinde est, ac si sub contraria conditione datum fuisset*.

2^o D'après la doctrine généralement enseignée, le legs est rendu conditionnel par l'apposition d'un « dies incertus ». — Condition et terme incertain sont cependant deux modalités bien différentes et qui ne doivent pas être confondues. « Dans la condition, dit M. Bufnoir, » l'incertitude porte sur l'arrivée même de l'événement » prévu; dans le terme incertain, elle ne porte que sur » l'époque à laquelle cet événement arrivera. Aussi dans » les actes entre vifs, le *dies incertus* produit-il les effets » du *dies certus* et non ceux de la condition. » Nous voyons au contraire que dans les testaments le *dies incertus* équivalait à une condition : *Dies incertus in testamento conditionem facit*, formule Papinien (75, *De condit.*).

Les conséquences de cette règle importante étaient, pour les legs, que la *diei cessio*, ne se plaçait pas à la mort du testateur comme pour les dispositions faites *ex die certo*.

Elle se trouvait reculée jusqu'à l'arrivée du terme. Le legs n'était efficace qu'autant que le légataire vivait jusqu'à cette époque. En ce sens, Paul (21 h. t.) : *At si incerta dies, quasi quum pubes erit, quum in familiam nupserit, quum magistratum inierit, quum aliquid denum, quod scribendo comprehendere sit commodum fecerit, nisi tempus conditiove obtigit, neque res pertinere, neque DIES LEGATI CEDERE POTEST.*

Quel était le fondement rationnel de la transformation du « dies incertus » en condition? — Un texte de Papinien (79, § 1, *De condit.*). en fournit l'explication. Le jurisconsulte se demande quelle est la nature d'un legs ainsi conçu : *Heres meus quum ipse morietur, centum Titio dato.* C'est un legs conditionnel, dit-il, bien que l'on soit sûr que l'héritier mourra. Car il est incertain que le légataire vive encore à la mort de l'héritier, que le *dies cedens* se produise à son bénéfice, que le legs en un mot lui parvienne : *tamen incertum est an legatario vivo, dies legati non cedet, et non est certum, ad eum legatum perventurum.* L'idée maîtresse est donc que le testateur a entendu subordonner l'efficacité du legs à la condition que le légataire soit encore vivant à l'époque incertaine de l'arrivée du terme. — J'emprunte à M. Machelard un passage qui me semble s'inspirer de ce texte de Papinien et nous en fournir la parfaite interprétation en conformité avec la doctrine courante.

« Le motif pour lequel les Romains interprétaient différemment la pensée d'un testateur ou celle d'un contractant est tiré de cette conjecture fort juste que les dispositions de dernière volonté sont faites, comme on le dit *intuitus personæ*, à raison des sentiments d'affection qui s'attachent exclusivement au bénéficiaire et qui ne s'étendent nullement aux héritiers de ce bénéficiaire. » L'intention du testateur, qui doit être mû par une idée

» de bienveillance, est que le gratifié profite pour lui-même de la libéralité, et il n'a aucunement la pensée de faire du bien aux successeurs de ce gratifié qu'il peut même ne pas connaître. »

Il en est autrement en matière de contrats qui se forment habituellement dans un but intéressé, en vue de l'avantage qu'on espère en retirer; de sorte qu'il est indifférent à chaque partie que l'exécution du contrat ait lieu du vivant de celui avec lequel on a traité ou après sa mort.

M. Ortolan voit également dans cette règle, *dies incertus conditionem facit*, une conséquence de l'*intuitus personæ* qui détermine toutes les dispositions testamentaires. « Les jurisconsultes romains ont été frappés », écrit-il dans son *Explication des Institutes*, « de ce que les chances d'incertitude du terme combinées avec les chances de mortalité du légataire, forment une sorte de condition non pas intrinsèque, imposée par la loi, mais provenant de la volonté du testateur. C'est pour eux comme si le testateur avait dit : Je lui lègue tant, s'il survit à tel événement. »

Cela est si vrai que si l'événement à date indéterminée auquel on s'est référé doit nécessairement arriver du vivant du légataire, la disposition ne sera pas considérée comme conditionnelle. Le *dies incertus* n'équivaut donc à une condition qu'autant que, par la force des choses, il ne doit pas arriver nécessairement du vivant du légataire. Parcourons quelques exemples.

C'est ainsi que le legs fait *quum heres morietur* est conditionnel, parce que, bien qu'il soit évident que l'héritier mourra, il n'est cependant pas certain que le légataire vive encore à la mort de l'héritier (1). *Si quum heres morietur, legetur, conditionale legatum est; denique*

(1) Loi 4, p. I.

vivo herede de functus legatarius ad heredem non transfert (1).

Le caractère de ce legs *quum heres morietur*, la raison qui poussait les Romains à le considérer comme conditionnel ressort avec la dernière évidence d'un texte de Pomponius où il rapproche le legs *quum heres morietur* du legs ainsi conçu : *sive illud factum fuerit, sive non fuerit, illi do, lego* (2). Il faut, pense le jurisconsulte, que l'un des deux cas prévus se réalise du vivant du légataire ; la cause d'une obligation doit toujours en précéder la naissance ; il ne suffit pas que l'on soit certain que l'un ou l'autre des cas prévus aura lieu pour que le legs soit dû de toute façon. Car, poursuit-il, en recourant à un argument qu'il estime péremptoire, un tel legs : *quum morietur, heres dato*, ne laisse aucun doute qu'il sera dû et cependant il ne sera pas transmissible si le légataire meurt du vivant de l'héritier.

Dans l'esprit de Pomponius, le terme incertain *quum morietur heres* engendrait donc les mêmes effets que les conditions les mieux déterminées.

Si vero, quum ipse morietur, legetur ei, certum est legatum ad heredem transmitti (3). Si nous supposons au contraire que le terme du legs soit la mort même du légataire, l'incertitude disparaît. Le terme se réalisera forcément du vivant du légataire. La mort du légataire étant le dernier instant de sa vie, il réalise le bénéfice du legs à un où il peut encore recueillir personnellement. Le légataire aura donc dès la mort du testateur un droit certain au legs sans qu'il soit exigible de son vivant. Par là se trouve

(1) Loi 1, § 2, XXXV : ... *et id eo si legatarius ante decesserit, ad heredem ejus legatum non transit, quia non cessit, dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem.*

(2) Loi 13, h. t.

(3) Loi 4, § 1.

satisfait l'*intuitus personæ* qui préside aux dispositions testamentaires. — Tel est le motif de la restriction introduite pour ce cas spécial à la règle *Dies incertus in testamento conditionem facit*.

Cependant M. Accarias déclare expressément que cette explication de la règle *Dies incertus in testamento conditionem facit* par la considération de l'*intuitus personæ* est loin de le satisfaire et de lui paraître rationnelle (1).

« Car supposons, dit-il, une disposition ainsi conçue :
» *Heres meus decem Titio dato post quinquennium quam*
» *moriar?* Est-ce qu'il n'est pas possible que Titius meure
» moins de cinq ans après moi? Cependant ce legs n'est
» pas regardé comme conditionnel. La différence que les
» Romains font entre le terme certain et le terme incer-
» tain ne se justifie donc pas ».

Et ailleurs (2) : « Pourquoi donc le terme incertain
» est-il traité ici tout autrement que le terme certain?
» C'est une question que je ne me charge de résoudre ni
» à l'aide des textes, ni par le raisonnement. »

M. Machelard, dans son intéressante monographie du *Dies incertus*, laisse également échapper quelques signes d'incertitude sur la valeur réelle de l'interprétation courante de cette loi 75 de Papinien. Il reproduit lui aussi cette considération tirée de l'*intuitus personæ*. Il explique comment, par le jeu de l'escompte, le légataire sous terme certain pouvait jouir par anticipation de la libéralité qui devait lui être acquise à échéance fixe, et qu'au contraire, dans le *dies incertus*, l'époque de l'échéance étant inconnue, pour que l'escompte pût s'en faire, il aurait fallu se lancer dans un calcul des probabilités qui était au-dessus des ressources scientifiques des Romains.

(1) Page 972, note 1.

(2) Page 808, note 2.

Il paraît cependant n'avoir lui-même qu'une médiocre confiance dans cette savante explication puisqu'il avoue en fin de compte que « la conditionnalité du reste n'avait été » introduite dans tout legs à terme incertain qu'à l'aide » d'un mauvais raisonnement ou par un motif dont la » justesse est critiquable (1) ».

En effet, si l'on veut procéder rationnellement et examiner les deux hypothèses classiques, il semble que l'*intuitus personæ* serait plus sûrement satisfait en décidant que le *dies cedens* du legs *quum heres morietur* aurait lieu *a morte testatoris*. Le légataire a des chances de survivre à l'héritier et de jouir alors personnellement du bénéfice qu'on lui destinait; appliquée au contraire au legs *quum legatarius morietur*, cette mesure ne lui permet au plus que de disposer du legs par testament. Il faut d'ailleurs un raisonnement bien subtil pour voir dans le cas du légataire une application de l'*intuitus personæ*. En fait, la mort est moins le dernier instant de la vie que l'instant qui suit immédiatement le dernier : « il n'est donc plus là pour recueillir, le légataire qui doit profiter d'un legs lorsqu'il mourra ».

Une doctrine nouvelle, pleine de hardiesse, est présentée par M. Boistel (2), qui a entrepris de fournir une autre explication de cette phrase de Papinien. Il s'est demandé si le sens dans lequel est généralement entendue la règle *dies incertus* est bien celui que donnaient les jurisconsultes? si le mot *dies incertus* a bien ici la signification qu'on lui attribue?

De l'examen des textes connus, et en éliminant la modalité *cum heres morietur*, espèce toute particulière du terme incertain au sens moderne, M. Boistel conclut que l'expression *dies incertus* ne devait avoir qu'un seul

(1) Page 7, note 1, *in fine*; page 12, *in fine*.

(2) Du « *dies incertus* », 1885.

sens, tout contraire au sens actuel. Il désigne uniquement *une véritable condition cachée sous l'apparence d'un terme*.

Nul ne conteste que le mot « dies incertus » ait le sens de condition. Nos anciens auteurs le reconnaissent (1); Savigny le constate. Les exemples de *dies incertus* (2) que nous donnons les textes se réfèrent à des événements dont la réalisation même est incertaine, comme un mariage, l'élévation à une magistrature, l'arrivée d'un enfant à sa puberté. Les Romains appliquaient le mot *dies* à ces modalités qui sont de véritables conditions, parce qu'elles avaient été visées par le testateur au moyen de la conjonction *cùm*, ordinairement caractéristique du terme, et non par la conjonction *si*, ordinairement caractéristique de la condition. Aussi Pomponius enseignait-il (3) que l'on ne devait pas distinguer entre les deux formules : *si quatuordecim esset factus* ou *cùm quatuordecim*. La première formule indique l'époque sous forme de condition, et la seconde, la condition sous la forme d'un terme : *Quum priore scriptura per conditionem tempus demonstratur, sequenti per tempus conditio*. Des deux façons, c'est la même condition, *utrùbique tamen eadem conditio est*.

M. Boistel va plus loin; il se détache de la doctrine courante et établit ensuite que, suivant lui, *le mot « dies incertus » ne désignait jamais que la condition déguisée par la conjonction « cùm »*.

a) Il serait bizarre que cette expression technique eût deux sens aussi différents l'un de l'autre.

b) En dehors de la clause *cùm heres morietur*, dans les legs, il n'existe pas, à sa connaissance, un seul pas-

(1) Domat, *Lois civiles*, L. 3, tit. I, sect. VIII; — Pothier, *Pand.*, L. 35, t. I, n. v.

(2) Loi 21, § 1, h. t.; — Loi 22, § 1, h. t.; — Loi 38, § 16; 45, § 1.

(3) Loi 22, h. t.

sage qui applique le mot *dies incertus* au terme incertain.

c) Des textes au contraire présentent sinon la preuve au moins une présomption très forte que le mot *dies incertus* ne visait jamais que des conditions :

α) Loi 38, § 16, *De verb. oblig.*, 43, 1°;

β) Celsus fournit un texte semblable.

« Nous concluons donc, ajoute M. Boistel, que l'on » n'avait pas même l'idée d'opposer au mot *dies certa* » autre chose qu'une véritable condition.

» Notre *terme incertain* du droit français était compris » dans le mot *dies certa* parce que la réalisation de l'événement est certaine quoique son époque soit inconnue. »

La loi 21 de notre titre fournit un argument. Paul y passe en revue les diverses modalités qui peuvent affecter le legs : le legs est pur et simple; le legs est affecté d'un *dies certus*; le legs est affecté d'un *dies incertus*.

« Sans doute, ajoute M. Boistel, Paul pense avoir tout » dit sur *la condition simple* quand il a traité du *dies* » *incertus*, puisqu'il ne parle pas de la condition, mais » qu'il s'occupe d'une disposition faite sous deux conditions inverses l'une de l'autre. »

M. Boistel rappelle encore que, dans le Digeste, on oppose *dies incertus*, traité de tous points comme une condition, au terme *cùm moriar*, assimilé à tout autre terme et qu'enfin dans la loi 30, *De legatis* (1°, § 4) : *Quia dies incertus appellatur conditio* a toujours été traduit, par les interprètes de tous les temps : *La condition est appelée terme incertain*.

Quel sens faut-il donc donner, suivant M. Boistel, à la règle *Dies incertus in testamento conditionem facit* ?

Le *dies incertus* est dans les testaments assimilé à la condition; il produit les mêmes effets qu'elle, parce que, sous une forme très légèrement différente, il est au fond une véritable condition. La loi de Papinien se bornait

donc à faire aux testaments l'application d'une règle plus générale, d'une règle commune à toutes les manifestations de volonté.

Cette explication est corroborée par un texte célèbre qui règle les effets du *dies incertus* relativement à la *condictio indebiti* et qui assimile complètement le *dies incertus* et la condition (Loi 16, *De condict. indebiti*).

Pourquoi traitait-on comme conditionnel le legs fait *cum heres morietur*, et le *dies cedens* n'avait-il lieu dans ce cas qu'à la mort de l'héritier ?

M. Boistel fait observer que ces deux modalités, qui se présentent naturellement et assez fréquemment dans les legs, *cum heres morietur*, *cum legatarius morietur*, reçoivent des solutions diamétralement opposées. Et il se demande où est la règle, où est l'exception.

« Une troisième solution pourrait éclairer, celle qui » montrerait comment était traitée la modalité subordon- » nant le legs à la mort d'un tiers, à la mort de Titius, par » exemple, qui ne serait ni l'héritier ni le légataire. Tous » les textes sont muets sur cette hypothèse, aucun ne » vise l'effet de cette modalité sur le *dies cedens*, sur la » transmissibilité. »

La plupart des commentateurs résolvent la question sans hésiter. Ils assimilent la mort d'un tiers à la mort de l'héritier. « Il en est évidemment de même à la mort d'un tiers ! » s'écrie Savigny (1).

C'est parce qu'ils raisonnent sous l'idée préconçue que la solution donnée pour la mort de l'héritier était seule conforme aux principes du droit romain.

Cette solution ne semble pas justifiée pour M. Boistel. Il établit au contraire qu'il y a des textes qui, sans viser directement la matière du *dies cedens*, traitent absolument

(1) *Traité*, t. III, p. 217.

cette modalité comme un terme et nullement comme une condition (1).

Seul, en définitive, le legs *cùm heres morietur*, terme incertain, était assimilé à une condition. Quelle en était la raison ?

Ce ne pouvait être que pour des raisons spéciales à ce cas et tirées probablement de l'intention du disposant ou des usages romains.

Suivant M. Boistel, il y avait analogie entre le legs *cùm heres morietur*, et la substitution fidéicommissaire. Ce legs était employé pour arriver au même résultat : le testateur réglait le sort de l'objet légué dans la succession de l'héritier, il faisait quant à cet objet le testament de celui-ci. Par suite, de même que l'héritier ou le légataire institué en premier ordre devait avoir survécu au *de cujus*, de même aussi dans notre cas le légataire devait survivre à l'héritier. Et pour assurer cette nécessité de la survie du légataire, les jurisconsultes auraient été amenés à retarder le *dies cedens* jusqu'à la mort de l'héritier. Et pour retarder ainsi le *dies cedens*, le moyen le plus simple était de considérer comme une condition la clause *cùm heres morietur*.

Le legs *cùm legatarius morietur*, au contraire, se comprenait ainsi : le testateur veut gratifier un légataire non encore conçu à son décès ; il veut assurer la fortune ou l'aisance des enfants d'un homme dont il craint l'esprit de dissipation. Il dispose alors en faveur de leur père pour le moment de la mort de celui-ci.

Autres espèces où sous l'apparence d'un terme se cache une véritable condition.

1° Le legs est fait au jour « où le légataire aura lui-

(1) Loi 68, §§ 3 et 4, *De leg.*, I; — Loi 1, § 18, D. 37, 6.

même atteint tel âge déterminé », par exemple : *quum legatarius quatuordecim annorum erit*.

On présume ici que le testateur s'est proposé, non pas simplement de reculer l'exigibilité du legs, mais d'en subordonner l'existence à cette condition, si le légataire parvient à l'âge de quatorze ans. Un legs de cette sorte est *conditionale, tamdiu, quamdiu quartusdecim annus sit completus, postea in diem*, dispose la loi 49 (§ 2, xxx).

Pomponius en déduit les conséquences au point de vue du *dies cedens* et de la transmissibilité (1) : un legs a été fait à Titius pour le jour où il atteindrait l'âge de quatorze ans. Il meurt avant cette époque. Il ne transmet pas le droit au legs à son héritier. En effet, il n'y a pas simplement un terme, *sed et conditionem hoc legatum in se continet, si effectus esset annorum quatuordecim* (2).

De même la loi 3 au Code *Quando Dies leg.*, vi, § 3.

Pontionilla est arrivée à l'âge où elle doit toucher le bénéfice d'un legs. Elle transmet à ses héritiers le droit de le réclamer, même si elle meurt avant de l'avoir obtenu.

Cette présomption prêtée au testateur de subordonner l'efficacité du legs à la condition que le légataire atteigne lui-même tel âge déterminé, n'est pas absolue, comme M. Accarias (3) en fait la remarque. On doit considérer avant tout l'intention du testateur, car il se peut qu'il ait disposé non dans l'intention de rendre le legs conditionnel, mais dans celle d'y apposer un simple terme. La loi 54 (*pr. De cond. et dem.*) signale une controverse des jurisconsultes sur ce point. Javolenus y déclare ne pas s'en rapporter à l'opinion de Gaius, au sujet d'un legs *quum pubes esset*. Suivant lui, il y a terme pour reculer l'é-

(1) Loi 22, h. t.

(2) Loi 49, § 3, XXX.

(3) Page 973, note 3.

chéance d'une chose présentement léguée et non pas un legs pour l'avenir : *contra ego sentio, quia fere dies ponitur adproroganda ea, quæ ad præsens tempus, non etiam quæ in futurum legata sunt.*

Javolenus nous donne d'ailleurs le motif de cette dérogation au caractère généralement conditionnel du legs *quum legatarius tot annorum erit*. Le jurisconsulte doit considérer le legs comme étant *ex die* et l'attribuer au légataire dès le moment de la délation, sauf à en reculer l'exigibilité au jour fixé par le testament, lorsque, en différant l'exécution du legs, le testateur a eu l'intention plutôt de confier à la personne chargée du legs, l'administration des valeurs léguées, que de faire dépendre la libéralité d'un jour incertain.

Scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituuisse videatur.

Certains autres fragments du Code et du Digeste considèrent également ce legs comme affecté d'un terme et non d'une condition. Le droit s'ouvre au profit du légataire et se transmet à ses héritiers dès le moment où le legs lui est déféré, de façon cependant que l'exécution n'en puisse être demandée qu'au jour qui correspond à l'époque fixée par le testateur.

Tel est le fragment 5 au Code (*Quando dies leg. ced.*, 6, t. 53). La disposition est ainsi formulée : *Do lego, Æliæ Severinæ filix et Secundæ decem, quæ legata accipere debebit, quum ad legitimum statum pervenerit*. Le legs n'est pas conditionnel, dit la constitution impériale, mais l'exigibilité est reculée jusqu'à la majorité, *non conditio fideicommisso vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimæ ætatis dilata videtur*. Aussi, si la fille du testateur meurt avant d'avoir atteint vingt-cinq ans, comme la *diei cessio* aura eu lieu, elle transmettra son droit à ses héritiers.

Papinien rend au fragment 26, § 1 de notre titre, une décision qui s'inspire du même principe. Le testateur a imposé aux héritiers un legs de cent en faveur d'un enfant. La somme a été remise sur son désir entre les mains d'un tiers chargé de payer à l'enfant les intérêts de cette somme à 4 p. 100 jusqu'à ce qu'il ait atteint sa vingt-cinquième année. Remise sera faite à l'enfant du capital lui-même à cette époque. Or l'enfant meurt avant d'avoir atteint sa vingt-cinquième année et Papinien répond cependant que le fidéicommiss est transmis aux héritiers de l'enfant ; car il lui semble qu'une certaine date, un certain délai avait été fixé pour payer la somme, et qu'il n'y avait véritablement aucune condition insérée au fidéicommiss : *Nam certam ætatem sorti solvendæ præstitutam videri, non purè fideicommisso relicto conditionem insertam.*

Papinien ajoute que le fidéicommiss ne peut être réclamé directement à celui à qui le testateur avait voulu confier la somme. Ces paroles du testateur s'y opposent : *eam que alumno meo post ætatem supra scriptam curabis reddere.* On s'adressera aux héritiers qui ont dû stipuler pour ce cas la restitution de la somme. On ne peut d'ailleurs pas exiger le *fidejussion* de ceux dont le défunt avait voulu suivre la foi.

Le professeur Mayns, dans son exposition des Institutes, se demande ce qu'il faut faire, quand rien ne nous met à même de reconnaître ou même de deviner l'intention du testateur. Il donne une solution qui semble se détacher de la doctrine courante sur le caractère conditionnel du legs qui nous occupe.

« Nous estimons, écrit-il, que dans ce cas l'on doit » admettre plutôt un legs pur et simple *ex die*, qu'un legs » conditionnel ; surtout quand c'est l'époque de la puberté » ou de la majorité qui a été désignée par le testateur. La

» raison est que l'intention libérale du testateur est certaine
» et que, dès lors, l'interprétation, conformément aux principes généraux, doit se faire dans le sens avec lequel la
» disposition produit le plus sûrement de l'effet (1). »

2° Le legs a pour objet des prestations périodiques quelconques laissées *in singulos dies, menses ou annos*.

Il s'agit du *legatum annuum* ou legs de rente viagère. On présume que dans l'esprit du testateur le droit à chacune des prestations suppose le légataire vivant et capable au commencement du jour, du mois ou de l'an auquel elle correspond : *Videri enim hanc inesse conditionem, si vivat et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire* (2).

Chacune de ces prestations forme l'objet d'un legs distinct. *Quum in annos singulos legatur non unum legatum esse sed plura constat*. (Ulpien, loi 10, h. t.)

Il n'y a pas intérêt à distinguer si le legs de rente viagère ne comporte que des pièces d'or, ou s'il se compose, par exemple, pour la première année de mille pièces d'or; pour la seconde d'un esclave; pour la troisième de froment, *nec refert*, dit Julien (Loi 2, h. t.) *singuli aurei in annos singulos legentur, an in annum primum mille aurei, in secundum homo, in tertium frumentum*.

Ulpien parle ensuite dans la loi 12, de la *diei cessio* : *Nec semel diem ejus cedere, sed per singulos annos*. La *diei cessio* de ce legs n'a pas lieu une seule fois, mais se renouvelle chaque année.

(1) Parfois aussi le retard apporté au paiement pouvait s'interpréter par le désir du testateur, de faciliter à l'héritier le paiement de la chose léguée. Tel le cas prévu par la loi 26 pr. h. t.

Je veux qu'on donne à Firminus Héliodore, mon frère, une somme de cinquante à prendre sur le revenu de mes fonds de terre, l'année qui suivra ma mort.

(2) Paul, 4, xxxiii, 1, Dig.

Le premier de ces legs est pur et simple, et primi anni purum. Sa *diei cessio* se place au décès du testateur. C'est à cette époque et non à l'adition d'hérédité que le droit au legs se fixe sur la tête du légataire. Celse prend le soin de l'établir, en conformité avec Julien, au dire d'Ulpien : *Hujus legati diem ex die mortis cedere, non ex quo adita est hereditas.* D'où ils concluent, que si parfois l'hérédité n'était *adita* que longtemps après ce décès, on devrait les prestations de toutes les années écoulées : *et si forte post multos annos adeatur hereditas, omnium annorum, legatario deberi* (Loi 12, Ulp., § 3).

Cette insistance des jurisconsultes s'explique par l'analogie entre le *legatum annuum* et le legs d'usufruit. On avait voulu sans doute soutenir que, comme dans le legs d'usufruit, la *diei cessio* ne pouvait pas avoir lieu avant l'adition d'hérédité.

Les autres legs sont conditionnels, sequentium conditionale et subordonnés à l'existence, à la capacité du légataire.

Mais à quelle époque se réalise cette *diei cessio*? Est-ce au commencement ou à la fin de chaque année? Ulpien constate l'accord de Labéon, Sabinus et Celsus, et Cassius et Julien, pour reconnaître que dans les legs *in singulos annos*, la *diei cessio* se place au commencement de chaque année (1). Cette décision se déduit de la volonté expresse du testateur que cette somme soit payée à son légataire tous les ans, c'est-à-dire chaque fois qu'il y aurait un an écoulé depuis sa mort. Il fallait donc pour cela que la seconde annuité fût exigible dès le commencement de la seconde année.

Loi 12, § 4. — Et si le legs a été fait *quot annis* pour chaque année? Ulpien pense que dans ce cas également la

(1) Loi 12, § 2.

diei cessio doit se placer au commencement de chaque année, à moins qu'il ne soit évident que la volonté du testateur était de fractionner le paiement d'une somme en plusieurs échéances, non dans l'intérêt du légataire mais dans celui de l'héritier : *Sed heredi prospectum voluit, ne urgeretur ad solutionem.*

Loi 12, § 6. — Pomponius accepte l'interprétation d'Ulpien ; il n'y a pas à distinguer si le legs est fait *in annos singulos* ou *quot annis*, pour chaque mois ou pour tant de mois, pour chaque jour ou pour tant de jours.

Une rente viagère pouvait être établie non seulement par legs mais aussi par la *stipulatio quoad vivam. Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes*. Pomponius a établi dans le § 1 de la loi 16 (*De verb. oblig.*) les différences essentielles qui existent entre le *legatum annuum* et la *stipulatio quoad vivam*.

Stipulatio hujus modi : in annos singulos, una, est, et incerta et perpetua, non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur.

1° La stipulation est une, le legs est multiple. Quand il s'agit d'une stipulation, dit M. Accarias, la créance est réputée avoir pour objet direct le *droit aux annuités*.

« Mais ces annuités elles-mêmes ne se confondent point » avec la créance, elles n'en sont que les produits successifs, comme des intérêts sont les produits d'un capital » restituable. La pluralité des annuités ne fait donc aucun » obstacle à l'unité de la créance.

» Au contraire ; quand il s'agit d'un legs, le droit porte » directement sur les annuités, et en conséquence elles » forment une série de legs distincts, le premier pur et » simple, et chacun des autres subordonné à la condition » que le légataire n'aura pas cessé de vivre au début de » l'année qui y correspond. »

2° La stipulation est *incerta*, puisque la créance n'a pas pour objet les annuités elles-mêmes, mais un droit aux annuités. Le legs, au contraire, est certain, puisque le droit a pour objet l'annuité elle-même. Le légataire pouvait donc, à chaque échéance, et sans compromettre son droit éventuel aux années futures, agir par une *condictio certi*.

Le stipulant, au contraire, armé d'une *condictio incerti*, ne pouvait agir qu'une fois « parce qu'une seule demande » mande à pour effet de déduire en justice sa créance » tout entière. Cette créance se trouvait donc ensuite » éteinte. On évita plus tard cet inconvénient par un » moyen de procédure appelé *præscriptio* : Il fallait faire » précéder la demande de l'exception spéciale « des » termes écoulés ».

3° Le legs finit par la mort du légataire ; et la stipulation est *perpetua*.

Pourquoi subsiste-t-elle ? C'était parce que le *dies ad quem* n'était pas un mode de l'extinction des obligations à Rome : *ad tempus non debetur*.

L'héritier du stipulant, pouvait donc exiger la rente. Le débiteur n'était pas libéré *ipso jure*, mais, bien entendu, il pouvait repousser la demande *exceptionis ope*. Il opposait l'exception *pacti conventi* ou l'exception de dol.

Aliments. — Il est un genre de legs qu'il convient de rapprocher du *legatum annuum*, c'est le legs d'aliments. Il procède lui aussi par échéance périodique et constitue une succession de legs distincts ayant chacun un *dies cedens* différent. Il importe donc qu'à chaque échéance nouvelle le légataire soit vivant. Son droit n'est pas transmissible aux héritiers. Il y aura donc intérêt à distinguer, si le legs d'une certaine somme est fait à titre d'aliment ou pour toute autre cause.

Prenons par exemple l'espèce présentée par Marcien : *Titio dena usque ad annos decem* (1).

Supposons qu'il n'y ait pas un legs d'aliments. Le testateur a voulu diviser une somme en plusieurs échéances pour en faciliter le paiement à l'héritier. Dans ce cas les sommes dues pour chaque année ne constituent qu'un même legs et si le légataire meurt avant la dixième année, les échéances suivantes sont dues à ses héritiers.

Cette disposition est-elle faite au contraire à titre d'aliment : Il y a plusieurs legs, *plura esse legata*. La *diei cessio* se produit chaque année *et futurorum annorum legatum legatario mortuo ad heredem non transmittere*. — C'est ce que le jurisconsulte appelle un *legatum annuum cum præfinitione*.

Dans la loi 19, Julien examine différents legs d'aliments : si par exemple le legs a été fait *sine præfinitione temporis* : *Uxori meæ penum heres dato, si non dederit centum dato*. Une seule chose, dit-il, est léguée, la somme de cent. On peut la demander de suite; *penoris autem causa*, l'héritier pourra se libérer en fournissant les aliments avant la *litis contestatio*.

Paul rend une même décision (Loi 24, § 1, h. t.) : *plane si sic legatum sit : si penum non dederit, decem dato, dicimus non esse penum legatum*.

Julien examine ensuite ce même legs fait *cum præfinitione temporis* : *Si penum intra calendas non dederit centum dato*.

Pas plus que dans le cas précédent, il n'y a deux legs ; il n'y a qu'un seul legs de cent, sous condition : *non efficitur ut duo legata sint, sed ut centum legata sub conditione videantur*.

(1) Loi 20, h. t.

Si donc la femme meurt avant les calendes, elle ne transfère à son héritier ni les provisions, *quæ legatæ non sunt*, ni la somme de cent, *quia dies legati non cesserit*.

Autre hypothèse soulevée par Paul (Loi 24, h. t.). — L'héritier est condamné à donner des provisions ou un fonds, et s'il ne les donne pas, dix !

Paul dit qu'on lui a enseigné qu'il y avait legs de provision, et que ce legs se transformait en un legs de dix, si l'héritier refusait de fournir les provisions (*translatio legati*).

La somme d'argent est due, lorsque interpellé, mis en demeure, il n'a pas donné le fonds; si donc le légataire décède dans l'intervalle le fonds sera dû à son héritier.

En effet, lorsque le testateur dit : *At publicius fundum dato*, le legs est parfait, et lorsque il ajoute : *si non dederit centum dato*, il a, sous une condition, révoqué le legs du fonds pour le cas où la somme commencerait à être due, et puisque la condition ne s'est pas accomplie du vivant du légataire, il en résulte que la révocation du legs du fonds ne se produit pas, le legs subsiste au profit du successeur du légataire décédé.

Suivant Paul, la théorie générale serait donc qu'il y a deux legs successifs, que la *translatio legati* ne se produit qu'à la mise en demeure de l'héritier. La théorie de Julien, exposée dans la loi 19, diffère de celle de Paul. Suivant lui, dans ce cas spécial du legs de provision *sine præfinitione*, il y a transfusion immédiate. L'opinion de Julien semble avoir prévalu. Nous la voyons appliquée par Ulpien (Loi 1, titre IX, livre XXXIII, *De penu legata*).

LEGS DE GENRE, LEGS D'ALTERNATIVE, LEGS D'OPTION.

Le *legs d'un « genus »* est le legs d'une chose déterminée seulement dans son genre, sans aucune indication,

par exemple, si l'on a disposé par ces paroles : *Hominem, do, lego*.

La *diei cessio* du legs de genre se produit normalement à la mort du testateur : *Si cui homo generaliter sit legatus, et antequam vindicet, decesserit, ad heredem suum legatum transfert*.

Le *legs d'alternative* est celui qui a pour objet telle chose ou telle autre : *do, lego Stichum aut Pamphilum*. Comme pour le legs de genre, le légataire mourant avant d'avoir choisi, transmettrait son droit à son héritier. En ce sens, Paul (Loi 19, xxxiii, 5) : *Illud aut illud, utrum elegerit legatarius; nullo a legatario electo, decedente eo post diem cedentem legati, ad heredem transmitti placuit*.

Il est à noter cependant que la *diei cessio* du legs alternatif n'a pas lieu avant que l'élection puisse se produire. Par exemple dans ce legs, que mon héritier donne Stichus ou l'enfant qui naîtra de Pamphile. La *diei cessio* n'a lieu que lorsque un enfant est né de Pamphile ou qu'il est certain qu'il n'en naîtra pas.

On ne peut donc pas dire que dans le legs d'alternative la *diei cessio* se produise uniformément à la mort du testateur, comme pour le legs de genre.

Le *legs d'option* est celui par lequel on lègue expressément l'option parmi des choses du même genre. Le testateur peut se servir de l'expression, option ou élection, comme s'il dit : *Hominem, optato, eligito*. Ce n'est pas une chose qui est léguée, comme dans le legs de legs de genre, mais une faculté personnelle, un droit à exercer, *optio vel electio legatur*.

Le legs d'option ressemble au legs fait sous cette condition si le légataire choisit, *si legatarius voluerit*. C'est un legs *conditionnel*; Proculus et Labéon sont d'accord sur ce point. Gaius : *Si ita expressum erit : Titio, si voluerit,*

do, lego, apud Labeonem Proculus notat, non aliter ad heredem legatarii pertinere, quam si ipse legatarius voluerit, ad se pertinere, quia conditio personæ injuncta videtur (1).

Conséquemment la *diei cessio* n'avait lieu qu'à l'accomplissement de cette condition tacite, au jour où se produisait l'option. Tant que l'option n'a pas été exercée, l'héritier ne peut faire aucun acte de disposition qui puisse être opposé au légataire, ce dernier n'a d'ailleurs à l'égard de l'héritier qu'une action pour faire exhiber. Après l'option, la *diei cessio* ayant eu lieu, le légataire pouvait revendiquer la chose choisie, alors même que cette option avait été exercée par un tiers décédé. *Si Titio sit sic legatum quem Seius elegerit, et Seius post electionem decesserit, locus est vindicationis semel acquisitæ* (2).

Si au jour de l'adition, le patrimoine du défunt ne comprend plus qu'un seul des objets sur lesquels devait porter l'option, par exemple, un seul esclave, le legs ne s'évanouit pas : de conditionnel il devient pur et simple, et la *diei cessio* se produit à la mort du testateur.

La loi 13, *De optione legata* (3), nous en fournit implicitement la preuve : Paul apprécie la validité d'un legs fait à un *servus proprius*, non affranchi, lorsque l'option d'un esclave a été léguée à un tiers. Si, dans l'espèce, dit le juriconsulte, la *familia* se trouve réduite au seul esclave légataire, le legs vaudra parce que cet esclave se trouvera libre, sans qu'il y ait d'option à exercer, au moment même de l'adition. Le legs d'option est devenu pur et simple : *Ut quasi purè legato utiliter sit legatum*.

Il faut d'ailleurs se placer dans l'hypothèse où l'institué est un *extraneus* ; si l'héritier était *necessarius*, le legs serait nul, par application de la règle catonienne.

(1) Loi 69, XXXV, 1.

(2) Loi 12, § 8, h. t.

(3) Loi 13, XXXIII, 5.

CAS EXCEPTIONNELS OU, BIEN QUE LE LEGS NE SOIT AFFECTÉ D'AUCUNE CONDITION, LE « DIES CEDENS » EST CEPENDANT RECLÉ AU DELA DU DÉCÈS.

Le *dies cedens* d'un legs d'usufruit, d'usage, d'habitation *n'a jamais lieu avant l'addition d'hérédité*. « Le legs » d'une servitude personnelle, dit M. Accarias, peut être » considéré avec exactitude comme laissé sous la condition que le légataire sera et restera capable jusqu'au » jour de l'addition. C'est ce que les Romains expriment » sous une autre forme en reculant à ce jour le *dies cedens* d'un tel legs.

1° Si le legs est *pur et simple*, le *dies cedens* est reculé au jour de l'addition d'hérédité : *Si purè sit ususfructus legatus, vel usus, vel habitatio neque eorum dies ante, aditam hereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit.* (Ulpien, loi 2, h. t.)

2° Si le legs est *à terme*, le *dies cedens* est reculé à l'arrivée du terme : *Item si ex die ususfructus legetur, dies ejus nondum cedit, nisi quum dies venit* (1).

3° Si le legs est *conditionnel*, et que la condition ne soit pas réalisée à l'addition de l'hérédité, la *diei cessio* se place à l'avènement de la condition.

Telle était la doctrine courante. Tous les jurisconsultes ne s'y ralliaient cependant pas. Le fragment 60 du Vatican signale le désaccord qui existait sur ce point entre Julien et Labéon. Ce dernier pensait *etiam ante aditam hereditatem cedere diem ususfructus, sicuti ceterorum legatorum*. En effet, suivant lui, la *diei cessio* produisait tous ses effets sur les autres points que la transmissibilité et il ne voyait aucune raison pour que la *dies cessio* dût avoir lieu différemment dans les legs d'usufruit.

(1) Ulpien, Loi 4, § 3, livre VII, 3.

Julien, au contraire, se ralliait à la théorie générale. Il exprimait que la *diei cessio* de l'usufruit devait être reculée jusqu'à l'adition et y voyait une raison spéciale, *in usufructu diversam esse rationem : tunc enim constituitur ususfructus, cum quis jam frui potest*. L'usufruit est attaché à une personne et il ne peut être constitué là où il n'y a personne pour user et jouir. Cet argument est reproduit au Digeste (VII, titre III; loi 1, § 2).

Pour M. Mayns cette raison n'a rien de concluant. Il s'explique parfaitement qu'elle ait pu être discutée. Il est tenté de croire que cette dérogation au droit commun repose sur un malentendu provenant de la confusion du *dies cedens* avec la transmissibilité aux héritiers. L'on aurait raisonné comme il suit : « Le *dies legati cedens* a » pour effet de transmettre le droit aux héritiers; or si » le légataire d'un usufruit meurt, il ne transmet rien à » ses héritiers; donc la *diei cessio* ne peut pas avoir eu » lieu. »

C'est bien là l'idée qui ressort de la lecture des deux fragments suivants :

Nam cum personæ cohæreat, recte dicitur ante aditam hereditatem diem non cedere (Dig., loi 3, xxxvi, 2).

Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est si ante, quis diem ejus cedere dixerit (Dig., loi 3, xxxvi, 2).

Bref, l'idée qui a prédominé de l'introduction de cette exception, c'est qu'ici la transmissibilité n'est pas possible. L'application du principe général n'aurait donc jamais profité aux héritiers du légataire à raison de l'intransmissibilité. Elle aurait pu, au contraire, nuire au légataire, car venant à subir une *capitis diminutio* avant l'adition, il se fût trouvé irrévocablement déchu de son droit. Le recul du *dies cedens* a donc été imaginé pour favoriser le légataire. Cet avantage est évident, par exemple, lorsque le légataire est *alieni juris* au jour du décès : par ce recul, il a une chance de recueillir le legs par lui-

même, car peut-être sera-t-il devenu *suū juris*, au jour de l'adition, à l'arrivée du terme, ou de la condition (Loi 5, § 7, *in fine*, h. t.).

« Au fond, la pensée de ces textes, » dit M. Accarias à propos du fragment 60 du Vatican (xxxvi, 2) et de la loi 9, « me paraît être qu'une créance ayant pour objet la cons-
» titution d'un droit d'usufruit ne se conçoit pas là où il
» n'y a personne qui puisse immédiatement devenir usu-
» fruitier (1), et c'est en vertu de ce principe que l'on
» refuse au *servus hereditarius* la capacité de stipuler un
» droit d'usufruit. »

Ususfructus sine persona esse non potest, et ideo servus hereditarius inutiliter usumfructum stipulatur (Paul, 26, tit. XLV, livre III). Même conditionnelle, cette stipulation ne vaudrait rien, *quia ex præsenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit*.

Et au contraire on peut léguer un usufruit à cet esclave héréditaire *quia dies ejus non cedit statim*, mais seulement à l'époque de l'adition de l'hérédité ; et alors l'usufruit se trouvera acquis au maître de l'esclave institué.

D'ailleurs la fixation de la *diei cessio* pouvait être reculée au delà même du jour de l'adition de l'héritier grevé du legs lorsque l'intérêt du légataire l'exigeait : c'est l'espèce exposée par Julien (Loi 16, § 1, xxxvi, 2).

Un legs d'usufruit est laissé à un esclave qui appartient à une hérédité encore jacente au jour où l'héritier grevé du legs fait adition. Il n'y a aucune raison, dit le juricon-

(1) Ce motif, Accarias le reconnaît, n'explique pas à l'égard de l'usufruit légué le recul du *dies cedens* au jour de l'arrivée du terme, car une fois l'adition faite, si l'on admettait que le *dies cedens* a eu lieu, le légataire se trouverait dans la même « situation que l'homme qui a stipulé un droit d'usufruit *ex die* ». Or, une telle stipulation est incontestablement valable.

sulte, pour que la *diei cessio* du legs d'usufruit se produise. En effet, la créance d'usufruit ne peut naître là où la constitution immédiate du droit réel d'usufruit n'est pas possible; le legs serait donc inefficace, et si, au contraire, l'esclave mourait dans l'intervalle, le legs s'évanouirait, *et si interim servus mortuus fuerit, legatum extinguatur*.

En reculant au contraire la *diei cessio* jusqu'au jour où l'hérédité à laquelle appartient l'esclave légataire aura elle-même été acceptée, l'usufruit profitera à l'héritier *usumfructum ad hereditatem pertinere eo quod dies ejus ante aditam hereditatem non cesserit* (Loi 16, § 2, xxxvi, 2).

Pratiquement, la considération de l'utilité du légataire a été pour beaucoup dans le recul du *dies cedens*.

L'influence de cet autre motif ressort, suivant M. Accarias, de l'usage très répandu à Rome de léguer l'usufruit *in singulos dies, menses, annos*. Par la même raison que dans le *legatum annuum* il y avait autant de *dies cedens* que de nouvelles années, que de nouveaux mois ou jours. Et alors l'usufruitier ne perdait par la *capitis minutio* que son droit de l'année, du mois, du jour courant. Il pouvait donc, sous la seule condition d'être resté capable, recommencer un autre usufruit, le jour, le mois ou l'année suivante. En ce sens, loi 1, titre III, livre VII, où Ulpien établit qu'en opposition avec l'usufruit dont la *diei cessio* n'a lieu qu'une fois, bien qu'il constitue un fait successif comme si on lègue à quelqu'un *in menses singulos*; — le *dies cedens* du legs d'usufruit *per dies singulos et annos* n'est pas unique, *non cedere simul sed per tempora adjecta ut plura legata sint* (1).

(1) On appliquait semblable décision pour le cas où l'usufruit avait été légué pour en jouir de deux ans l'un : *cum usufructus alternis annis legatur, non usus legatum, sed plura legata sunt*. (Paul, Loi 13, XXXIII, 11, *De usu. et usufr.*)

Marcellus établit, dans le livre IV de son Digeste, qu'il en est de même, lorsque l'usufruit est légué *alternis annis*. Il n'y a pas un legs mais plusieurs.

Et ideo si is fructus legatus sit ! Si donc on a légué des fruits qui ne peuvent se percevoir tous les jours, le legs ne sera pas inutile et l'on aura les fruits aux jours où l'on pourra en jouir.

Gaius compare l'usufruit et le *legatum annuum* dans la loi 8, livre XXXIII, titre I.

Le legs *in singulos annos* et celui d'usufruit sont semblables en ce qu'ils prennent fin à la mort du légataire ; mais à la différence du legs d'usufruit, le legs laissé pour chaque année ne prend pas définitivement fin par la simple *capitis diminutio*.

Le testateur pourrait d'ailleurs supprimer cette différence en disposant ainsi : *Titio usumfructum fundi lego, et quotiesque capite minutus erit, eundem usumfructum ei do*.

Une autre différence résulte de ce que le *legatum annuum* est plus large, contient davantage que le legs d'usufruit. Si, par exemple, le légataire décède dans le courant de l'année, il laisse à son héritier le fruit de l'année (Loi 5, xxxiii, 4). Une rente viagère avait été imposée aux héritiers en faveur de la femme du testateur. Elle survit cinq ans et quatre mois. Interrogé si les héritiers devaient payer intégralement la rente de la sixième année, le jurisconsulte répond : *Integri sexti anni legatum deberi* (4).

Il en est tout autrement de l'usufruit : *quod in usufructu non ita est*. L'usufruitier ne peut transmettre à ses héritiers que les fruits déjà perçus, alors même que ces fruits seraient arrivés à maturité à l'époque du décès.

(4) Modestin.

C'est encore l'intérêt du légataire qui avait fait reculer la *diei cessio* dans les espèces suivantes, de *legs faits par un maître à son propre esclave*. Il importait en effet, pour que le legs fût utile, pour que le légataire pût en profiter, que la *diei cessio* fût reculée jusqu'au jour où l'esclave cessait d'appartenir à l'hérédité, c'est-à-dire jusqu'à l'adition. C'est en ce sens qu'il est vrai de dire avec Ulpien (Loi 7, § 6, h. t.) : *Interdum aditio heredis legatis moram facit, ut puta si forte servo manumisso, vel ei cui servus legatus est, et ideo servo aliquid legatum est*.

Le legs fait à l'esclave par son propre maître ne peut d'ailleurs prendre naissance qu'à condition que l'esclave cesse d'appartenir à l'institué au moment de l'adition, soit que le maître l'affranchisse, soit qu'il lègue son esclave à un tiers.

1° *Legs à un esclave affranchi*. — Tout legs, même conditionnel, était frappé de nullité, lorsque le maître ne l'accompagnait pas de l'affranchissement de l'esclave légataire. Ce legs était nul *ab initio* et ne pouvait valoir par la suite, à raison d'un changement survenu dans la condition de l'esclave : *Nam perinde nullius est momenti legatum, ac si sine libertate datum fuisset*.

L'affranchissement devait être exprès, il ne pouvait être sous-entendu (1).

L'esclave affranchi, le *dies cedens* du legs était reculé à l'adition d'hérédité pour rendre le legs pur et simple efficace. Ce motif est exposé tout au long dans la loi 7 (§ 6) et la loi 8 (Dig., xxxvi, 2).

Servo legati relictæ ante aditam hereditatem dies non cedit, « car le légataire ne devenant libre qu'au moment de l'adition, n'aurait pu acquérir le legs, si le

(1) Justinien le décida en matière d'institution, où la volonté du maître s'accuse bien évidente de donner à son esclave la liberté, sans laquelle cette institution ne servirait à rien.

» *dies cedens* eût été contemporain du décès. Le legs aurait
» été nul et acquis à l'hérédité à laquelle appartient jusqu'à
» l'adition l'esclave affranchi même directement par testament (1). »

L'affranchissement d'ailleurs exigé pour la validité du legs pouvait n'être que conditionnel. La fin de la loi 8 y fait allusion : *Si servo purè legatur et liber esse sub conditione jubeatur*. Il y a alors une chance de nullité du legs ; sa validité dépend du point de savoir si la condition mise à l'affranchissement s'accomplira antérieurement à l'adition. Si, au contraire, cette adition venait à se réaliser à une époque où le légataire était encore esclave : *et pendens conditio inveniatur et post aditam hereditatem*, le titulaire du legs se trouvait incapable de l'acquérir au moment du *dies cedens*.

Nous verrons postérieurement que lorsque la condition est telle qu'elle ne puisse s'accomplir qu'après l'adition d'hérédité, le legs fait au *servus propius* est nul par application de la règle catonienne.

2° *Legs fait à un esclave qui lui-même est légué* (69, Pr., xxx, 1). — *Servo legato legari posse receptum est, quod adita hereditate statius servus acquiritur legatario, deinde sequetur legatum*.

Le *dies cedens* d'un legs de cette nature a dû être reculé jusqu'au jour de l'adition de l'hérédité. En effet, le légataire de l'esclave n'en devient propriétaire qu'au jour de l'adition ; ce n'est qu'à cette époque qu'il est en mesure d'acquérir par cet esclave (2). Si le *dies cedens* avait lieu

(1) Machelard.

(2) En supposant qu'un esclave légué fût gratifié par un tiers d'un legs pur et simple, le *dies cedens* de ce legs aurait lieu suivant la règle ordinaire. Le bénéfice en serait acquis à l'hérédité jacente, et non au légataire de l'esclave, dans le cas où le *dies* serait antérieur à l'adition de l'hérédité dont dépend l'esclave légué (Voir Loi 91, § 6, *De legatis*, 1 ; — Loi 38, § 6, *De legat.*, 1).

morte testatoris, ce dernier legs aurait profité à l'hérédité, qui se trouve jusqu'à l'addition, *domina servi*, il aurait été par conséquent inutile.

En ce sens Julien (17, xxxvi, 2) : *Quum legato servo aliquid legatur, dies ejus legati, quod servo datur, non mortist empore, sed aditæ hereditatis cedit.*

Le legs secondaire (*legatum sequens*), M. Machelard en a fait la remarque, dépend du legs principal. Si ce dernier était conditionnel, il faudrait user de la distinction établie précédemment à l'occasion de l'affranchissement conditionnel accompagnant un legs fait par le testateur à son esclave.

La condition du legs principal devait s'accomplir antérieurement à l'addition pour qu'il y eût moyen de déclarer utile le legs fait à l'esclave légué. Il serait impossible d'ailleurs d'établir cette distinction, s'il y avait institution d'un *heres necessarius*; car on aurait, au lieu d'un legs avec *dies cedens* postérieur au décès, un legs dont le *dies cedens* serait contemporain du décès.

EFFETS DE LA « DIEI CESSIO »

La détermination exacte du moment où s'opère la *diei cessio* importe à différents points de vue. C'est à cette époque que le droit aux legs se fixe sur la tête du légataire, qu'il devient transmissible. Les effets du *dies cedit* se produisent encore relativement à la détermination des choses léguées et des personnes qui doivent profiter des legs.

I. — TRANSMISSIBILITÉ DES LEGS.

C'est à partir de la *diei cessio* que le droit éventuel au legs devient transmissible et passe aux héritiers du légataire. C'est l'effet le plus important de la *diei cessio* : vivant et capable (1) au jour du *dies cedens*, le légataire qui mourrait ensuite, même avant l'adition, transmettrait son droit à ses héritiers ou autres successeurs universels.

Loi 5, pr. xxxvi, 2° : *Si post diem legati cedentem, legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum.*

Ad heredem legatarii legata non aliter transeunt, nisi si jam die legatorum cedente legatarius decesserit (30, xxiv, Ulpien).

(1) *Factio testamenti*. — Un legs ne peut être valable que s'il est laissé à une personne qui a la *factio testamenti* avec le testateur au moment même où il dispose. Cette même *factio testamenti* devait exister encore au moment du « dies cedens ». Ceci se déduit par analogie de la loi 48, § 1, *De heredibus instituendis*, qui établit que les héritiers doivent être pourvus de *testamenti factio* avec le testateur au moment de la confection du testament et au moment du décès.

On doit d'ailleurs appliquer au légataire, aussi bien qu'à l'institué, la règle *media tempora non nocent*. On n'exige donc pas que le légataire conserve cette *factio testamenti* depuis la confection du testament, pourvu qu'il la recouvre avant le *dies cedens*.

Il n'avait été admis qu'une dérogation à la règle de la survie au moment du *dies cedens*, dans le cas de legs faits au prince.

Loi 56, xxxi : *Quod principi relictum est qui, antequam aies legati cedat, ab hominibus ereptus est, ex constitutione Divi Antonini successor ejus debetur.*

La raison est qu'un legs de ce genre n'est pas réputé fait à la personne même du prince, mais à son titre qui ne meurt pas. L'empereur, en matière fiscale, était considéré comme personne morale.

Les deux textes cités plus haut (Loi 5, pr. xxxvi, 2 et 30, xxiv, Ulpien) ne laissent aucun doute sur la question de la transmissibilité du legs, et c'est en vain qu'on leur opposerait le paragraphe 3, titre VI, livre III des *Sentences* de Paul : *Post diem legati cedentem, actio quæ inchoata non est, ad heredem non transmittitur.*

Ce passage semblerait indiquer au premier abord que la transmission du legs n'est possible qu'autant qu'il y a eu action intentée. Cette doctrine est inadmissible. M. Machelard donne de ce texte obscur l'explication suivante :

« En supposant qu'il faille tenir pour sincère ce passage qui ne figure point dans le *Recueil wisigoth* et qui a été emprunté à la *collatio*, il est possible de s'en rendre compte, ainsi que l'ont fait Schulting et après lui Pothier (n° 281, *De legatis*, note A) en disant que ces mots : *actio quæ inchoata non est*, sont synonymes de ceux-ci : *le droit n'est pas né*. « Paul aurait exprimé simplement » cette vérité que si le droit n'a pas pris naissance du » vivant du légataire, qui serait décédé avant le *dies cedens*, c'est en vain que ce *dies* surviendrait plus tard » par l'ouverture des tablettes pour un legs pur et simple, » par l'événement de la condition pour un legs conditionnel. Les héritiers du légataire n'auront en pareil cas » aucune prétention à élever. »

La transmissibilité est incontestablement le principal effet de la *dici cessio*; c'est le seul dont les jurisconsultes se préoccupent. On traduit même les mots *dies cedit* par ceux-ci, le *droit est transmissible* (1). M. Ortolan fait ressortir avec raison combien cette traduction est inexacte : « Cet effet, il est vrai, est l'un des principaux du *dies cedit*, » mais il n'est pas le seul, il y a plus, il n'est pas essentiel : » car il peut ne pas se rencontrer, c'est ce qui a lieu pour » les legs de droits exclusivement attachés à la personne, » tandis qu'il est d'autres effets qui ne manquent jamais. »

Le droit transmis est soumis à toutes les éventualités qui l'affectaient dans le patrimoine du légataire. *Et tale transmittitur ad heredem, quale ipsi legatario an fideicommissario debebatur* (Pothier).

En ce sens loi 5, § 6, 36, 2. — *Iisdem autem diebus, id est iisdem pensionibus heredi præstabitur legatum, quibus legatario ipsi præstabatur*. — Une certaine somme a été donnée payable en différents termes. Dans ce cas, dit le jurisconsulte, on payera les sommes à l'héritier du légataire aux échéances où on les aurait payées au légataire lui-même.

II. — DU BÉNÉFICIAIRE DU LEGS.

Un autre effet de la *dici cessio* est de déterminer les personnes qui doivent profiter du legs.

La question présente un intérêt particulier, lorsqu'au jour du *dies cedens*, le légataire se trouve sous la puissance d'autrui à un titre quelconque. C'est en effet au profit de la personne alors investie de la puissance que le droit se fixe (2).

(1) Sont synonymes dans la langue des jurisconsultes romains, les expressions *dies legati cedit* et *legatum ad heredes transmittitur*.

(2) *Adquiritur nobis, non solum per nosmeptisos, sed etiam per eos,*

Loi 5, § 7, 36, 2°. — *Si quum dies legati cedere inciperet, alieni quis juris est, deberi his legatum, quorum juri fuit subjectus.*

Par conséquent, le legs étant pur et simple, s'il devient *sui juris*, ou s'il passe sous la puissance d'un tiers, au jour de l'échéance, le bénéfice en restera au maître primitif et *ideo, si purum legatum fuerit, et post diem legati cedentem liber factus est, apud dominum legatum relinquet* (1).

Cependant le lien intime qui rattache le legs à la personne de l'esclave légataire n'était pas nécessairement brisé par la survenance du *dies cedens*. Julien décide (loi 10, *De opt. leg.*) que si, postérieurement au *dies cedens*, le maître de l'esclave gratifié d'un legs auquel il avait esclave, et qu'en outre, il répudie le legs affranchit cet un droit acquis, l'affranchi pourra réclamer à son profit l'exécution du legs.

S'il s'agit d'un legs d'usufruit, il suffit qu'il devienne *sui juris*, après la mort du testateur, mais avant l'addition d'hérédité, pour acquérir le legs.

Sed si usufructus fuerit legatus, licet post mortem testatoris, ante aditam tamen hereditatem sui juris efficiatur, sibi legatum acquirit.

Réciproquement, bien que le légataire eût été *alieni juris* au jour de la confection du testament, le droit se fixait à son profit, s'il était *sui juris* au moment du *dies cedens*. En ce sens, loi 17 (pr. xxxvi, 2) : un esclave est légataire et chose léguée. La *diei cessio* de la chose léguée

quos in potestate habemus, item per homines liberos, vel servos alienos quos bona fide possidemus. (Instit., II, ix, pr.)

(1) Le fondement rationnel de cet effet de la *diei cessio*, ne se basait pas, nous l'avons constaté, sur une fiction de rétroactivité. C'est un privilège *sui generis* que la loi accorde à l'espérance du legs conféré par cette *diei cessio*, dans le but de faire respecter d'une manière plus parfaite la volonté du testateur.

a lieu à l'adition d'hérédité : *et ideo impedimento non est regula juris, quominus manumisso legatum debeat*, parce que, si le testateur mourait de suite, le bénéfice du legs et l'obligation ne se fixeraient pas sur la même personne.

Autre exemple, la loi 1, § 20 (Ulpien, *Ut legatorum causa serv.*, xxxvi, 3). — Un legs conditionnel a été fait à un fils de famille. Le père a reçu caution pour garantie du legs. Plus tard avant l'avènement de la condition, ce fils de famille devient *sui juris*. La *satisfactio* fournie, la *cautio legatorum* promise au père cessera de valoir faute d'objet. Le droit au legs ne peut plus naître à son profit ; il se fixera sur la tête du fils devenu *sui juris* : *Ceterum si sui juris inveniatur, iniquum esse visum est, patri cautum esse, quum ALII LEGATUM DEBEATUR.*

Cela ne veut pas dire d'ailleurs que le légataire au profit de qui se fixe le droit au legs le recueille toujours pour son propre compte. Il peut en effet tomber *in potestate*. Son droit passe naturellement avec tous ses biens à la personne sous la puissance de laquelle il tombe. C'est l'hypothèse prévue par la loi 14, § 3, 36, 2°.

Si dies legati cesserit, deinde legatarius in jus alienum pervenit, ipsi potius debetur legatum, in cujus ipse jus pervenit; transeunt enim cum eo, quæ ei debebantur.

Si le legs est conditionnel, il faut attendre la réalisation de la condition, la *diei cessio*, pour déterminer le bénéficiaire : *Sed si sub conditione fuerit legatum, non transit sed expectabit, conditionem, eique acquiratur cujus juris erit conditionis existentis tempore; quodsi sui juris fuerit eo tempore, sibi potius acquirat.*

La loi 15 (h. t.) pose la question suivante : On laisse un fidéicommiss à des enfants, sous cette modalité : *Si morte patris sui juris essent effecti*. Mais ils deviennent *sui juris* par émancipation et non par la mort du père. *Quid? Le*

fideicommiss est dû, répond Ulpien, sans aucun doute et le *dies cedens*, qui aurait dû se produire à la mort du père, se produira lors de l'émancipation.

DU LEGS FAIT A L'ESCLAVE DE L'INSTITUÉ.

Gaius nous rapporte trois solutions (11, § 244).

1° D'après les proculiens, ce legs devait être annulé, qu'il fût pur et simple ou conditionnel, sous ce prétexte que nul ne peut être débiteur même sous condition des personnes placées en sa puissance : *Quia quos in potestate habemus, eis non magis sub conditione quam purè debere possumus*.

Les proculiens oubliaient donc que le légataire conditionnel n'est pas à proprement parler un créancier : *Is cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor* (1).

2° Servius Sulpicius pensait que ce legs conditionnel ou pur et simple, devait être considéré comme valable, sauf à s'évanouir si le légataire se trouvait encore en la puissance de l'institué au jour du *dies cedens*.

Cette opinion, suivant Accarias, eut certainement d'autres partisans, Théophile notamment. Elle partait de ce point de vue que l'*initium* du legs pur et simple, se produit au décès du testateur et qu'en conséquence la période antérieure ne doit pas être prise en considération pour déterminer la validité de la disposition testamentaire.

3° Les sabinien distinguent entre le legs pur et simple qui est nul, et le legs conditionnel, susceptible de valoir.

L'école sabinienne professait, sur la question de l'*initium legati*, une doctrine différente de celle de Servius Sulpicius. L'*initium* était reculé à l'époque de la confection du testament. L'on traitait donc comme faite pour le présent

(1) Loi 42, pr. XLIV, 7.

une disposition évidemment faite pour l'avenir. Les sabinien s'inspirent de la règle catonienne.

La règle catonienne avait été destinée à fixer la jurisprudence sur cette question de l'*initium legati*. Elle sanctionne le triomphe de ceux qui plaçaient habituellement l'*initium* du legs au jour du testament. Elle confirme en outre ce principe général de la législation romaine qu'un acte nul *ab initio* ne peut devenir valable par le laps du temps : *Catoniana regula sic definit : quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere.*

M. Machelard établit en ces termes le fondement rationnel de la règle catonienne :

« Le terme de la vie est tout à fait inconnu. Mourir est » la condition de l'humanité, condition dont l'accomplissement peut se réaliser à tout instant. La pensée de » l'imminence du décès doit surtout être présente à l'esprit » de celui qui teste. »

Les jurisconsultes en avaient conclu que chacun est censé régler la distribution de son patrimoine dans cette idée qu'on peut faire immédiatement ce qu'il désire. S'il y a des obstacles, il les ignorait sans doute ; et peut-être n'eût-il point légué s'il en avait été instruit. Au moins la chose est-elle incertaine, et la règle catonienne, en annulant le legs, a l'avantage d'éviter des débats sur ce point.

« Ces raisons ne sont plus applicables alors que le » testateur n'a pas entendu faire des dispositions qui » auraient un effet immédiat à sa mort. Si cet effet ne doit » se réaliser que dans un avenir plus ou moins éloigné » après le décès, il ne faut pas s'inquiéter d'un obstacle » actuel, puisque le testateur ne voulait point laisser de » suite, mais seulement à une époque ultérieure.

» Aussi la règle catonienne était-elle écartée toutes les

» fois que le *dies cedens* du legs ne se liait pas à la mort du
» disposant et qu'il se plaçait au delà. »

*Cantoniana regula non pertinet... ad ea legata quorum
dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.*

« Donc étaient assujettis à la règle catonienne, les legs
» dont le *dies cedens* était contemporain de la mort du
» disposant, et d'autre part en étaient exemptés ceux
» dont le *dies cedens* était postérieur à cet événement. »

La règle catonienne ne vise donc pas les legs conditionnels ni plus généralement ceux dont le *dies cedens* est reculé au delà de l'ouverture de l'hérédité. La question s'est posée de savoir si les lois caducaires ont abrogé la règle catonienne en reculant la *diei cessio* après le décès.

C'était l'avis des anciens interprètes. Ils se basaient sur le fragment 3 (34, 7) établissant que la règle catonienne ne s'applique pas aux legs dont le *dies cedens* ne se place pas à la mort du testateur ; or, depuis la loi Papia, le *dies cedens* était reculé à l'*apertura tabularum*. La règle catonienne était donc abrogée. Tel serait, suivant eux, le sens de la loi 5, au titre : *Regula catoniana ad novas leges non pertinet*.

Cependant l'ensemble des textes proteste contre cette conclusion. Le fragment 3 établit l'antithèse entre le *tempus mortis* et le *tempus aditæ hereditatis*. Malgré le retard que subissait, depuis la loi Papia, le *dies cedens* des legs purs et simples, on continua à les traiter comme à l'époque où avait été introduite la règle catonienne.

La loi 5 doit être entendue en ce sens que les incapacités établies par les lois nouvelles (1) « ne faisaient pas
» obstacle à ce que ceux qui se trouvaient dans l'une ou
» l'autre de ces positions, *testamenti tempore*, ne fussent
» l'objet de disposition testamentaire ».

(1) Loi Papia (Orbi). Loi Julia (Cælebes). Loi Narbania (Latini).

La règle catonienne était écartée dans ce cas.

Les Institutes appliquent la règle catonienne au cas qui nous occupe, du legs fait à l'esclave de l'institué. Ils s'inspirent de la solution sabinienne.

1° Si le legs fait à l'esclave de l'institué est pur et simple, *il est nul*, alors même que l'esclave sortirait de la puissance de l'héritier du vivant du testateur.

Il est nul parce que le testateur mourant immédiatement, le *dies cedens* de ce legs pur et simple aurait lieu de suite, et le droit au legs se fixerait au bénéfice de l'institué qui en est grévé.

Nul par application de la règle catonienne : *Quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, non hoc ideo debet valere, quia diutius testator vixerit.*

Le legs fait à l'esclave de l'institué n'est d'ailleurs entièrement nul qu'autant qu'il y a une seule institution. S'il y en a plusieurs, la nullité n'est admise que proportionnellement à la part héréditaire de l'institué qui a la propriété de l'esclave : *Heredi a semetipso legatum dari non potest, a te coherede potest.*

2° Le legs vaut, au contraire, s'il est conditionnel : *Sub conditione vero recte legatur, ut requiramus an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis sit.*

On peut renverser l'hypothèse et se demander ce que vaudrait le legs fait au maître de l'esclave institué.

Institutes, § 33, livre II, titre XX. — Ce legs même pur et simple produit son effet, si, au moment de l'adition l'institué est sorti de la puissance du maître.

« Le droit à l'hérédité est bien supporté par l'esclave, » il l'accompagne dans ses changements de condition. » Mais ce droit ne prend vie en quelque sorte et ne se met » en action qu'au profit d'un citoyen romain, seul sujet » capable d'être héritier ; c'est le *jussus domini* qui fait » apparaître véritablement un héritier et par l'effet de ce

» *jussus*, celui qui le donne est considéré comme ayant
» été lui-même institué. »

Or le testateur viendrait-il à mourir immédiatement que le maître pourrait affranchir ou aliéner son esclave avant de lui donner l'ordre de faire adition.

Ces décisions s'appliquent également aux legs faits à une personne qui se trouve sous la puissance paternelle, la *manus* ou le *mancipium* de l'institué.

Ulpien (XXIV, § 23) : *Ei cujus in potestate, manu mancipiove est heres scriptus, legari non potest.*

La loi 17, h. t., *in fine*, traite d'un legs adressé au père de famille de l'institué. Ce legs est valable en ce sens que *quamvis statim paterfamilias moriatur, potest emancipatus adire hereditatem, ut patri legatum debeat.*

Une autre application de la règle catonienne se présente dans les dispositions qui ont pour objet la chose même du légataire.

Pure et simple, cette disposition est nulle et reste nulle nonobstant l'aliénation que le légataire pourrait en consentir du vivant du testateur ; car, si le testateur mourait dès qu'il a achevé d'écrire ses dispositions, le « *dies cedens* » fixerait le droit au legs sur la tête du propriétaire. Or la relation existant entre la chose et le légataire, rend la fixation du droit impossible : *Quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest* (1).

Conditionnel, le legs au légataire de sa propre chose constitue une disposition valable ; car, quand même le testateur mourrait immédiatement, le légataire pourrait encore aliéner sa chose avant le *dies cedens*. La loi 18, xxxi, fournit un exemple : *Heredem meum ita tibi obligare*

(1) Le texte de Celsus, loi 1, § 2, *De reg. cat.*, xxxiv, 6, se rapporte à un legs conditionnel.

possum, ut si, quandoque ego moriar, tuus servus Stichus non erit, dare eum tibi damnas sit.

De même serait susceptible de valoir le legs conditionnel de matériaux actuellement incorporés à une construction. Ce cas est apprécié dans la loi 41, xxx, par analogie avec les espèces précédentes. Pure et simple, cette disposition serait annulée par application de la règle catonienne. Un sénatus-consulte d'Aviola et Pansa prohibait la démolition des maisons (*ne quis domum villamve dirueret*) et par suite la disposition des éléments dont elles se composent.

Par le fait de leur incorporation, les matériaux se trouvent donc temporairement hors du commerce, et ils s'y trouveraient à l'instant du *dies cedens*, si le testateur mourait dès qu'il a achevé d'écrire ses dispositions. Il n'en est pas de même si le *dies cedens* est reculé au delà du décès du testateur par l'apposition d'une condition.

Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere, si existentis conditionis tempore, mea non sit, vel ædibus juncta non sit (1).

La règle catonienne annule encore un legs fait à un *servus proprius* que le testateur affranchit sous condition, toutes les fois que la condition est de nature à ne pouvoir s'accomplir que *post aditam hereditatem*.

En effet, le *dies cedens* se fixerait par la mort immédiate du testateur au profit de l'héritier, puisque, *pendente conditione libertatis*, l'esclave doit lui appartenir.

(1) Loi 41, § 2, *in fine*, XXX.

III. — EFFETS DU « DIES CEDIT » RELATIVEMENT A LA DÉTERMINATION DES CHOSES LÉGUÉES.

C'est au jour de la *diei cessio* qu'il faut se placer pour savoir si le legs a encore un objet et quelle est l'étendue de cet objet. Le principe qui régit la matière est que l'héritier doit délivrer la chose dans l'état où elle se trouve au moment de la *diei cessio*. C'est par application de cette règle que le legs d'une maison comprend les colonnes, les marbres qui y ont été adjoints depuis la confection du testament (1). C'est encore ainsi que le legs d'un troupeau porte sur toutes les bêtes qui le composent à la mort du testateur, soit qu'il se trouve réduit à une seule tête, soit que le nombre des bêtes ait augmenté : *est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut ædium unum corpus ex cohærentibus lapidibus* (2). Il s'agit en effet d'une *universitas rerum*, c'est-à-dire d'un ensemble de choses corporelles considérées comme formant un être collectif et un tout (3).

Legs d'un pécule. — Le pécule, comme le troupeau, est une sorte d'universalité qui accroît ou décroît. Ce n'est plus une *universitas rerum* mais une *universitas juris* se composant d'objets corporels, de créances, et de dettes. Il importe donc de savoir à quel moment il faut considérer sa consistance.

Une distinction s'impose suivant que le legs est adressé à l'esclave lui-même ou à un tiers.

(1) Loi 19, XX, tit. II, *Inst.*

(2) Lois 18, *idem.*

(3) De même, loi 28, h. t. où Scævola traite le legs d'un fonds muni de ses accessoires : *Si fundus instructus relictus erit, quæritur quemadmodum dari debeat? Utrum sicut instructus fuit mortis tempore, an eo tempore quo facti sunt codicilli, an quo peti cœpit? Respondit : Ea quibus instructus sit fundus cum dies legati cedat deberi.*

Le legs est-il fait à un tiers? La *diei cessio* a lieu, selon le droit commun, au jour du décès. Le legs comprendra donc, *quod mortis tempore in peculio fuerit* et ce qui proviendra *ex rebus peculiaribus ante aditam hereditatem*. Bien que survenues après le *dies cedit*, sont au légataire ces augmentations qui proviennent des choses mêmes du pécule, par exemple de l'alluvion des champs, du croît des animaux; et au contraire, *quæ servo donata fuerint, sive quid ex operis suis adquisierit*, n'appartiennent pas au légataire (1).

Le legs est-il fait à l'esclave lui-même? La *diei cessio* est reculée au jour de l'adition, et l'esclave profite de toutes les acquisitions qu'il a réalisées, *jacente hereditate*.

Quod si post mortem testatoris, ante aditam hereditatem, servus adquisierit, Julianus ait si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem, acquisitum est, legato cedere, qui hujus legati dies ab adita hereditate cedit (Inst., livre II, titre XX, loi 20).

Autre application du principe que l'héritier doit délivrer la chose dans l'état où elle se trouve au moment de la *diei cessio*.

Les servitudes établies entre le fonds de l'héritier et le fonds du défunt légué *per damnationem* devront être rétablies : car l'adition d'hérédité a eu pour effet de les éteindre par voie de confusion.

En ce sens loi 116, § 4, *De legatis*, I.

Un fonds légué doit être remis dans l'état où l'a laissé le testateur. Le fonds légué peut être grevé d'une servitude en faveur d'un fonds de l'héritier; tel fonds de l'héritier au contraire peut être soumis à une servitude en faveur du fonds légué. On devra, malgré la confusion qui s'est

(1) Loi 57, § 2, xv, *De peculio*.

produite, rétablir l'état de choses antérieur à l'addition d'hérédité.

De même la loi 84, § 4, xxxi. On a légué des bâtiments au profit desquels existe une servitude sur des bâtiments de l'héritier. L'héritier les livre sans cette servitude. Le légataire pourra agir par l'action *ex testamento* pour obtenir complète exécution du legs, comme il aurait dû de le faire, dit Julien, si l'héritier remettait débilité l'esclave légué : *nam et eum, qui debilitatum ab herede servum acceperit, recte ex testamento agere.*

Quid du legs d'une chose soumise à un droit d'hypothèque?

Le légataire doit-il prendre la chose telle qu'elle est au moment du *dies cedens*, sans être jamais autorisé à en exiger le dégrèvement?

Ou au contraire, ne peut-on pas assimiler un pareil legs à celui qui aurait pour objet une chose appartenant partiellement à autrui?

L'hypothèque peut être assimilée à une aliénation partielle. On se demandera donc si le testateur a su ou ignoré que la chose était grevée d'hypothèque.

C'est la solution donnée par les Institutes (§ 3, liv. II), reproduisant un rescrit de Sévère et Antonin.

L'héritier ne sera tenu de dégager la chose léguée qu'autant que le défunt la savait obligée.

De même Paul (III, 6, § 8) : *Si res obligata creditori, cujus causam testator non ignoravit, per damnationem legata sit, luitio ad heredis sollicitudinem spectat.*

L'hypothèque ignorée du testateur devait au contraire être supportée par le légataire. Il y avait cependant des dérogations à cette règle. On admit, en effet, que l'héritier serait tenu de dégrever la chose par cela seul que le testateur, s'il avait connu l'hypothèque, eût certainement légué un autre objet.

« Quid » *du legs d'une chose grevée d'usufruit?*

Il semble qu'il faille faire la même distinction. L'héritier doit racheter ou payer le valeur de l'usufruit, quand le testateur a connu l'existence du droit.

En ce sens : Loi 66, § 6, xxxi. — *Fundo legato si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede : USUSFRUCTUS ENIM, etsi in jure non in parte consistit emolumentum tamen rei continet.*

Loi 76, § 2. — Soit un héritier usufruitier et le legs conditionnel d'un fonds : *Voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat.*

Il en est différemment du legs d'une chose soumise à une servitude prédiale : le légataire est tenu de la supporter, à moins que le fonds n'ait été légué *uti optimus maximusque*.

Loi 69, § 3, xxx. — *Si fundus qui legatus est, servitutem debeat impositam, qualis est dari debet. Quod si ita legatus sit? Uti optimus maximusque, liber præstandus est.*

L'héritier est tenu dans l'exécution du legs non seulement de sa faute, de sa négligence, mais aussi de son fait même le plus licite et accompli sans aucune conscience du dommage qu'il peut causer au légataire, si par exemple il affranchit l'esclave, objet du legs, il sera tenu à l'égard du légataire, sans que l'on ait à examiner *utrum scierit an ignoraverit a se legatum esse* (1).

Et si l'inexécution du legs ne se produit pas par le fait de l'héritier, mais par celui de son esclave, l'héritier est tenu d'une action noxale à l'égard du légataire. C'est en ce sens que la loi 48 (Dig., 30), établit la responsabilité de l'héritier lorsque la chose léguée a été soustraite à son insu par son esclave.

Mais le légataire doit supporter les diminutions de valeur que subit la chose léguée indépendamment du fait

(1) Inst., liv. II, tit. XX, §16 .

ou de la faute de l'héritier (1), comme aussi il profite des accroissements naturels et des plus values fortuites que la chose reçoit.

La *perte de la chose léguée* étant fortuite, il importe de distinguer, si elle est antérieure ou postérieure à l'arrivée du *dies cedens*. Si elle est antérieure, le legs disparaît faute d'objet. Le légataire n'a plus droit même aux accessoires et aux restes de la chose. Si au contraire la perte est postérieure, les accessoires et ces restes lui sont dus.

C'est ainsi que les instruments sont les accessoires du fonds rural qu'ils garnissent et qu'ils seront dus au légataire si la perte du fonds se produit après la *diei cessio*.

Labéon nous dit à ce sujet qu'il n'y a pas de distinction à faire entre ces différentes formules : *fundum cum instrumento*, *fundum et instrumentum*, *fundum instructum* (2).

Paul, au contraire, prétend que si le testateur a dit *fundum et instrumentum*, il y aura deux legs séparés : la perte du fonds n'entraînera pas celle du legs de l'instrument. Cette distinction ne pourrait s'établir suivant lui pour le legs du fonds *cum instrumento*.

D'autre part Sabinus expose (33, Loi 12, § 27) que le fonds garni (*fundus instructus*) contient plus que le fonds avec ses instruments. C'est l'*instrumentum* du testateur en plus de celui du champ.

Cette distinction s'applique encore au legs d'un *servus cum peculio*. Le pécule est considéré comme un accessoire ; il n'est donc dû qu'autant que l'esclave reste dans le patrimoine du testateur et lui survit.

Loi 18, XXXIII, 8, *De peculio legato : Tunc inutile*

(1) *Si res legata sine facto heredis perierit : legatario decedit* (Inst. II, XX, § 16).

(2) *De instructo vel instrumento legato*. D. XXXIII, loi 5.

legatum fit, quum servus vivo testatore decedit; ceterum si mortis tempore servus vixerit, peculium legatario cedit.

Il en serait autrement si la disposition avait pour objet une *ancilla cum natis*. On aurait en ce cas plusieurs legs ayant chacun un objet distinct. La mort de l'*ancilla* ou d'un enfant de l'*ancilla* n'empêche pas la disposition de valoir pour les autres personnes.

Paul, Loi 3, *De peculio legato* (33, 8). — *At si ancilla, cum suis natis legata sit, etiam mortua ea, vel alienata, vel manumissa, nati ad legatarium pertinebunt, quia duo legata sunt separata.*

De même le legs du *servus ordinarius cum vicariis*. C'étaient des individus différents l'un de l'autre et la mort de l'esclave ordinaire n'empêchait pas le legs de valoir à l'égard de ses vicaires :

Sed et si cum vicariis suis legatus sit servus, durat vicariorum legatum et mortuo eo, aut alienato, aut manumisso (4, *De peculio legato*).

DROIT FRANÇAIS

DE LA

GUERRE CONTINENTALE

AMÉLIORATIONS RÉALISÉES

ET A RÉALISER PAR LES RÈGLEMENTS INTERNES

ET LES CONVENTIONS INTERNATIONALES

*

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I

DU DROIT DE LA GUERRE

La *guerre* est un acte de violence par lequel nous voulons soumettre un adversaire à notre volonté.

Autrefois, tous moyens étaient bons pour arriver à cette fin ; il n'était pas de droit pour l'ennemi. Les exigences militaires devenaient l'unique loi.

Elles sont encore aujourd'hui la loi suprême. Mais si la règle des traités et des usages est momentanément abandonnée, on a conscience, dans les guerres de notre époque, de principes fondamentaux dont la coutume impose l'application. Les principes d'équité et de droit vont se précisant sans cesse. Ils condamnent maintes pratiques du passé et font foi d'une indiscutable amélioration dans la conduite des hostilités.

Nous nous proposons, dans le cours de cette étude, où nous nous inspirons des travaux des diplomates et des desiderata de la science, de faire ressortir les progrès déjà réalisés dans les pratiques de guerre, et ceux dont l'esprit, dégagé de toute utopie stérile, peut raisonnablement entrevoir la réalisation. Et tout d'abord établissons

ce qu'on entend par droit de la guerre et s'il peut en exister un.

On entend par *droit de la guerre*, le droit observé dans la guerre. Cette expression constitue un terme impropre. Elle associe, a-t-on dit, deux idées contradictoires, l'idée du droit, significative de consentement et celle de la guerre qui accuse un dissentiment. « Nous n'en conserverons » pas moins le terme puisqu'il est consacré par l'usage ; » nous dirons seulement que le *droit de la guerre* se compose des limites mises par le droit à la guerre (1). »

Y a-t-il et peut-il y avoir un *droit de la guerre* ?

On a répondu, non, en se fondant sur l'absence de sanction et de tribunal qui puisse imposer l'application de ce droit. Cette négation est vraie pour le droit positif.

La question se pose différemment en droit naturel. Des motifs existent certainement qui peuvent pousser l'homme à limiter l'action de la guerre et à reconnaître des principes naturels d'un droit de la guerre. Ces motifs se résument dans le principe fondamental de la morale : qu'il ne faut jamais faire de *mal inutile* : « Les diverses » nations, dit Montesquieu (Liv. I, chap. III, *Esp. des lois*) » doivent se faire dans la paix le plus de bien, et dans la » guerre le *moins de mal qu'il est possible*, sans nuire à » leurs véritables intérêts. »

Tout le droit de la guerre consistera à distinguer le *mal nécessaire*, qui constitue proprement un acte de légitime défense, du *mal superflu* que l'on doit réprouver à l'instar d'un crime. La seule violence permise est celle qui se légitime par une nécessité juridique (2).

CALVO détermine le *droit de la guerre* en établissant qu'il repose sur deux principes. L'un est un *principe de nécessité* qui justifie dans une certaine mesure l'emploi de

(1) Henri Brocher, *Des principes naturels du droit de la guerre*.

(2) Bluntschli.

la force, de la ruse, dans les limites où elles sont nécessaires pour atteindre le but de la guerre ; l'autre est un *principe d'humanité* qui tempère les mesures de violence et empêche par exemple de les étendre aux populations paisibles ; seulement ce second principe subit forcément des restrictions pour le *premier* ou la *loi de nécessité*.

On a soutenu qu'il y avait absurdité à vouloir introduire un principe modérateur dans la philosophie de la guerre. « Le droit des gens », écrit un des plus célèbres écrivains militaires du commencement du siècle (1), « n'est pour » des militaires qu'une restriction insignifiante du but et » du droit de la guerre. Il ne peut ni ne doit en affaiblir » l'énergie. Toute idée de philanthropie à la guerre est » une erreur des plus pernicieuses. Celui qui emploie la » force physique dans toute son étendue, sans épargner le » sang acquerra toujours la prépondérance sur l'adver- » saire qui n'agit pas de même et lui dictera ses lois. »

Ces attaques contre le droit de la guerre ont été reprises récemment par le colonel fédéral suisse Rüstow. « Arrière le droit international de la guerre », écrit-il avec véhémence, « il n'y a qu'une coutume de guerre ! » Le droit international de la guerre n'est qu'une folle invention des juristes ; la coutume de guerre est affaire des militaires ; le droit n'a rien de commun avec la guerre ; l'usage seul et le but à atteindre doivent être pris en considération.

Rüstow ne fait appel dans la guerre qu'à l'*utilité pratique*, à la *politique*, aux convenances militaires. « Il n'y » a dans la guerre que des intérêts qui déterminent et » décident, il n'y a pas de droit. » Les cannibales torturent et mangent leurs prisonniers ; les anciens peuples

(1) Général Clausewitz, *Traité de la guerre*.

les réduisaient en esclavage ; l'Europe de nos jours respecte chez les prisonniers les droits individuels. Entre ces trois coutumes, il n'y a, d'après Rüstow, aucune différence de principes. La seule différence, c'est que les « intérêts » ne comportent plus aujourd'hui un traitement aussi cruel.

Le professeur Bluntschli a répondu à ces attaques. Il reconnaît que la *science du droit* et la *science de la guerre* sont deux choses différentes. Il n'en est pas moins vrai, poursuit-il, qu'une des forces intellectuelles les plus efficaces pour dompter et apprivoiser la bête chez l'homme, c'est incontestablement le droit. « Une politique séparée » du droit est tout ce que demande la bête. » On tombe dans le militarisme brutal.

La science du droit international s'applique d'ailleurs à tenir un large compte de la *coutume de guerre*. Lorsque cette coutume a acquis un certain degré de consistance et d'uniformité, lorsque le sentiment du devoir et de la nécessité s'y est fait jour, par opposition au caprice et à l'arbitraire, lorsque la coutume de guerre répond aux principes du droit, alors elle fonctionne comme une des sources du droit : elle se transforme en droit international de la guerre.

Sous l'influence de la coutume et du droit, on est arrivé à un grand résultat : la différence principale entre le droit de la guerre tel qu'on l'entend aujourd'hui et le droit de la guerre des époques antérieures, c'est que notre droit moderne, repoussant la maxime « contre l'ennemi tout est légitime » exige jusque dans la guerre le respect des lois de l'humanité.

L'existence d'un droit de la guerre ne peut d'ailleurs pas être contestée d'une façon sérieuse. Montesquieu l'établit dans des termes restés célèbres : « Toutes les

» nations ont un droit des gens, et les Iroquois mêmes,
» qui mangent leurs prisonniers, en ont un. Ils envoient
» et reçoivent des ambassades ; ils connaissent des *droits*
» *de la guerre* et de la paix : le mal est que ce droit des
» gens n'est pas *fondé sur les vrais principes*. »

Ce sont ces *vrais principes* qu'il importe d'établir et de formuler pour qu'ils exercent sur les esprits et sur les mœurs « une autorité qui mette un frein aux appétits » sensuels et triomphe de la barbarie ».

Des philosophes, des législateurs se sont trouvés de tout temps pour poursuivre ce but et faire triompher en toute matière les principes de justice et d'humanité. Sous leurs efforts continus, les peuples sont passés lentement, successivement du règne de la violence et de l'arbitraire à un ordre de choses plus civilisé. Leur action a été particulièrement bienfaisante en ce qui concerne la guerre ; ils ont pu apporter des tempéraments aux horreurs de la guerre, en développant qu'il existe encore un sentiment de droit appliqué à cette situation spéciale. La guerre rompt l'état de droit, mais ne fait pas disparaître le droit, le *droit de l'ennemi*.

Dans les temps modernes, Hugo GROTIUS (1538-1645) « le père du droit des gens », pose les premiers fondements des lois de la guerre dans son traité *De jure belli ac pacis*, publié pour la première fois à Paris en 1625. Il écrit sous l'impression des horreurs de la guerre de Trente Ans. Il s'élève contre la violence brutale et le fanatisme religieux qu'il blâme au point de vue de la morale et de la raison. Son œuvre eut une portée considérable ; elle apparut comme une révélation (1). « Il fit voir

(1) Le traité se compose de trois parties. Dans la première, il y développe le point de savoir « qui a droit de faire la guerre », dans la deuxième : Des causes de la guerre, justification, défense de soi-même et de ses biens. Dans la troisième : Ce qui est permis pendant la guerre, conventions qui peuvent intervenir.

» au monde, écrit Bluntschli, l'image sublime d'un droit
» basé sur la nature humaine, sur les préceptes des sages
» et des grands citoyens de toutes les époques; il chercha
» à rappeler à l'humanité ses devoirs et à lui enseigner
» la modération. »

PUFFENDORF (1632-1694), disciple de Grotius, continue l'œuvre du maître. Il s'élève dans son livre, *De jure naturæ et gentium*, contre cette idée du moyen âge, qu'un homme n'a des droits que s'il appartient à une religion déterminée. Le droit naturel et le droit international ne sont pas restreints à la chrétienté, mais sont un lien entre toutes les nations de quelque religion qu'elles soient, parce que toutes les nations font partie de l'humanité. Les lois de la guerre, en particulier, doivent donc s'appliquer en dehors de toute idée religieuse.

Au XVIII^e siècle VATTTEL, dans son livre *Du droit des gens* (1758) inspiré d'un ouvrage allemand de VOLF, « reprend la » thèse de Grotius, tempère ce que ses idées avaient de » trop rigoureux et consacre dans une exposition claire » et brillante les principes et les usages plus humains » adoptés par les armées permanentes.

» Quatre ans après la publication du traité de Vattel, » Rousseau, dans le chapitre iv de son *Contrat social*, sut, » en quelques pages, déterminer exactement la véritable » idée de la guerre (1). » (GUELLE.)

A la lumière de ces travaux, un droit coutumier s'élabore plus humain. Des publicistes, des savants, des jurisconsultes de premier ordre en ont fait « une des branches acceptées des lois humaines (2) ».

(1) Voir plus loin, page 127.

(2) De Martens, Klüber, Heffter, Neumann, Bluntschli, en *Allemagne*. — Volsey, Wheaton, Halleck, Lieber, Kent, Dudleyfield, en *Amérique*. — Phillimore, en *Angleterre*. — Pinheiro-Ferreira, en *Por-*

Les conquêtes de la théorie sont parfois longues à se faire consacrer par la pratique. La coutume de guerre tend à conserver longtemps des errements condamnés par la philanthropie. « L'adoucissement des lois de la » guerre », écrit Buckle, dans son *Histoire de la civilisation en Angleterre* (1), « est l'effet d'un progrès d'ordre » moral ; comme tel il est soumis aux lois générales qui » régissent la marche de ce progrès. L'analyse nous in- » dique deux facteurs : un travail théorique qui découvre » un principe nouveau pour notre conduite ; un ensemble » de circonstances favorables déterminant notre volonté à » le prendre pour règle de nos actions. Rarement ces deux » facteurs agissent d'une façon simultanée : L'idéal est » indiqué bien longtemps avant d'être réalisé. » On proteste contre la guerre, comme un triomphe de la force pure et cependant les politiques la maintiennent.

Les gouvernements manifestent cependant en temps de paix un souci jadis inconnu ; la préparation de la guerre ne se limite plus aux seules visées destructives, elle embrasse des considérations humanitaires. Des instructions sur la conduite des troupes en temps de guerre édictent certaines prescriptions d'humanité et de dignité qui devront toujours s'appliquer.

Comme le constate le commandant Guelle dans la préface de son intéressant travail sur les lois de la guerre, nous devons nous incliner devant les résultats obtenus. « L'humanité relevée par la disparition de la traite des » nègres ; les mers rendues libres par l'abolition de la » course ; les prisonniers traités avec humanité ; les projectiles réglementés à Pétersbourg ; les soins aux malades et aux blessés organisés à Genève ; la théorie » funeste des représailles condamnée, et, comme couron-

tugal. — Pasquale Fiore, en *Italie*. — Calvo, en *Espagne*. — Morin, Lucas, Pradier-Fodéré, en *France*.

(1) Traduction Baillot, I, p. 214.

» nement de l'œuvre, les nations civilisées unanimes à
» reconnaître les deux principes suivants qui sont le fon-
» dement des lois de la guerre moderne :

» 1° La guerre ne donne aucun droit qui ne soit néces-
» saire à sa fin ;

» 2° La guerre n'est pas une relation d'hommes mais
» une relation d'États ; le droit des gens ne permet pas que
» le droit de la guerre et le droit de conquête, qui en dé-
» rive, s'appliquent aux citoyens pacifiques et sans armes,
» à leurs habitations, à leurs propriétés ; en un mot au per-
» sonnel et aux choses des particuliers. »

La civilisation de la guerre n'est donc plus aujourd'hui
reculée dans le lointain d'un avenir idéal. « S'il n'est
» pas permis encore d'affirmer que l'adoucissement des
» mœurs et le développement de la raison publique aient
» complètement et définitivement substitué à la primauté
» de la force, la primauté du droit, il est impossible du
» moins de méconnaître le mouvement progressif qui, de
» nos jours, s'accomplit à cet égard dans l'ordre des idées
» et des faits. Nous n'en sommes plus à la définition que
» Napoléon donnait de la guerre : « Un métier de barbare
« où tout l'art consiste à être le plus fort sur un point
« donné ». La conscience contemporaine a mis l'humanité
» à côté de la gloire, et, si suivant le désespérant arrêt de
» de Maistre, « le sang humain doit couler sans interrup-
« tion sur le globe » ; de louables efforts tendent à réduire
» de plus en plus les horreurs des champs de bataille, en
» soumettant à la distinction du licite et de l'illicite les
» cruelles arènes où règne la mort, où la vengeance s'exerce
» dégagée de tout frein, où la victoire sourit au carnage,
» où l'homme disparaît sans deuil de la terre qu'il a en-
» sanglantée, où la fortune trahit souvent le bon droit (1). »

Il reste cependant beaucoup à faire dans ce domaine

(1) Pradier-Fodéré, préface du *Précis des lois de la guerre*, de Guélle.

de la *moralisation*, de l'*humanisation* (Bluntschli), de la *débarbarisation* (Moynier) de la guerre. Des esprits de premier ordre tentent de réaliser de nouveaux progrès et s'efforcent de gagner l'opinion publique aux idées philanthropiques. Sous leur action le besoin moral de s'occuper des lois et coutumes de la guerre s'accroît tous les jours. On se demande notamment, si une entente solennelle intervenant entre toutes les nations pour ramener à l'unité des pratiques diverses, et généraliser des règles qui sont encore loin d'être unanimement reconnues, ne serait pas le prélude d'un élan vers l'atténuation des maux de la guerre et la cause d'un grand progrès.

La question d'une *codification des usages de la guerre* est à l'ordre du jour.

CHAPITRE II

DE L'OPPORTUNITÉ D'UNE CODIFICATION DES USAGES DE LA GUERRE

Section I.

L'avantage de toute codification est de substituer au droit de la coutume vague et incertain, une formule claire et précise.

Une idée nettement exprimée, prend dans sa clarté, une expansion nouvelle qui la fait rayonner et se propager. L'expérience démontre que la codification des coutumes a toujours accéléré le développement historique du droit. Nul ne conteste cette heureuse influence, et Savigny lui-même, qui semble s'être opposé au mouvement vers la codification des lois nationales niait moins l'utilité d'une bonne codification que « l'aptitude de notre temps à mener à bien une pareille entreprise ».

La codification du droit international, principalement en ce qui concerne les droits et les devoirs des nations en temps de guerre, est une réforme qui s'impose, et que la philanthropie réclame avec énergie. C'est en effet une codification qui pourrait remédier à l'insuffisance des règles coutumières appliquées par les nations civilisées en temps de guerre.

Une coutume de guerre existe qui s'inspire du droit et

de l'humanité. Elle établit certaines règles mettant un frein à l'arbitraire et à la violence. Au cours des hostilités cependant, les États belligérants ne peuvent s'entendre sur cette coutume et distinguer ce qui est obligatoire de ce qui ne l'est pas. L'expérience de chaque guerre révèle l'oubli de ces règles et nous fait assister aux accusations réciproques de violation du droit des gens.

Pour remédier à ces abus, il importe que les États s'expliquent et précisent eux-mêmes en quoi consistent les règles qui doivent s'imposer à l'observation et au respect des belligérants. Il faut réglementer et définir des rapports qui, malgré leur violence, ne sauraient échapper au droit. « Une codification diplomatique, même partielle, » fondée sur un accord exprès et unanime, constituerait » un double progrès à la fois formel et matériel — parce » qu'en droit la clarté et la certitude sont par elles-mêmes » des avantages inappréciables; — parce que, sous peine » de révolter la conscience publique de tous les pays, il » serait impossible que le règlement adopté ne fût pas » tout au moins aussi humain, sinon plus humain que les » usages existants (1). »

D'autre part, il semble que notre époque soit apte à entreprendre et réaliser cet intéressant progrès. La science et la diplomatie ont admirablement préparé le terrain. On ressent un besoin tous les jours plus urgent de lois internationales ayant une autorité reconnue. La pensée humaine s'affirme de plus en plus dans ce domaine : « On est devenu intellectuellement capable d'exprimer, sous forme de lois, les principes internationaux. » Il est hors de doute que les tentatives partielles ont jusqu'ici été couronnées de succès. La Convention de Genève concernant les blessés et malades est un exemple frappant. Elle donne satisfaction au grand courant actuel qui pousse l'humanité à

(1) Rolin-Jaequemyns, *Revue du droit intern.*, 1875. — Conférence de Bruxelles.

tempérer les maux de la guerre par des règlements précis et par des institutions de bienfaisance. « Puisque l'essai de 1864 a réussi, on doit le renouveler si l'on veut réaliser d'autres progrès du même genre. Puisqu'on a obtenu d'heureux résultats en légiférant au sujet des blessés, n'est-il pas naturel de songer à le faire pour toutes les parties du droit de la guerre. On l'a senti si bien et depuis si longtemps que, dès 1868, une deuxième Convention, celle de Saint-Pétersbourg restreignait l'emploi des projectiles explosibles (1). »

Aujourd'hui on veut aller plus loin. On ne se propose rien moins que de réglementer l'état de guerre dans son ensemble. De nombreux publicistes propagent l'idée; d'ardents défenseurs s'efforcent d'en assurer le triomphe. Un courant d'opinion favorable au projet se manifeste dans le public comme dans les sphères officielles. Il semble que l'heure soit venue où l'on puisse, sur ce terrain, accorder une large satisfaction aux aspirations des philanthropes.

Cependant des hommes de valeur se trouvent encore pour contester l'opportunité, l'efficacité de règles fixes et écrites, de *lois de la guerre* dans le sens strict du mot. On objecte que la force n'est pas susceptible de codification; que la guerre est irrémédiablement odieuse; que la réglementer, c'est la sanctionner.

La *Revue des Deux Mondes*, dans un article du 15 juillet 1875 se montre très sceptique sur les avantages d'une codification. L'auteur y développe que la guerre ne sera toujours que trop sauvage et qu'il semble qu'il soit des cas où la meilleure des législations soit de n'en point avoir. Ces lois auraient, suivant lui, le grave inconvénient de légitimer tout ce qu'elles n'interdisent pas et de vouloir donner une définition juridique de droits et de délits

(1) Moynier, Conférence de Genève, *Rev. de droit intern.*, 1887.

qui, par leur nature même, sont indéfinissables. Il estime, en fin de compte, que l'opinion et certains sentiments généralement répandus sont pendant la guerre une sauvegarde plus sûre pour les idées d'humanité que les lois incomplètes ou douteuses, lesquelles au surplus sont dépourvues de toute sanction, puisque les neutres ne s'engagent pas à les faire respecter des belligérants.

Dans le même sens, M. Goubareff, membre de l'Association de la réforme et de la codification des lois internationales, développe que la guerre est un crime et que le plus qu'on puisse faire pour la civilisation est de n'en point traiter.

Il est intéressant de rapprocher des idées professées par M. Goubareff l'opinion du premier tacticien de l'Allemagne. Le feld-maréchal de Moltke est loin de nourrir contre la guerre les sentiments de ce philanthrope ; il se plaît à le développer dans la lettre qu'il lui adresse à la date du 10 février 1881 : « Selon vous, la guerre est un » crime ; selon moi, c'est le seul et juste moyen de con- » solider le bien-être, l'indépendance et l'honneur d'un » pays. »

Et cependant le militaire comme le philanthrope, malgré l'opposition de leurs prémisses, conteste l'opportunité d'une codification. C'est ce qui ressort d'une autre lettre du 11 décembre 1881, où le comte de Moltke répond au professeur Bluntschli qui lui avait demandé son approbation pour le *Manuel* publié à Oxford par l'Institut de droit international. Il débute par une apothéose de la guerre, « élément de l'ordre du monde établi par Dieu », et préconise, dans la façon de conduire les hostilités, une certaine *énergie* qui, semble-t-il, ne s'accommode que peu de considérations juridiques ou morales. Il reconnaît cependant la justice de la proposition énoncée dans l'avant-propos

du *Manuel* « que l'adoucissement graduel des mœurs doit se refléter aussi dans la manière de faire la guerre ». Cette reconnaissance est d'ailleurs faite à bon escient ; car il part précisément de ce point de vue pour contester l'opportunité d'une codification. « Mais je vais plus loin » et je crois que l'adoucissement des mœurs est *seul* en » état de mener au but, lequel ne saurait *être atteint au* » *moyen d'un droit de la guerre codifié* car, ajoute-t-il, » une autorité fait défaut pour surveiller et diriger l'exécution des lois internationales : quels États tiers prendraient les armes pour infractions aux lois de la guerre ? »

Le savant professeur de Martens s'élève contre les théories brutales du feld-maréchal de Moltke. Il le fait en termes éloquentes dans une lettre du 23 février 1884 à M. le duc Nicolas de Leuchtemberg. « La civilisation moderne ne » peut approuver ni l'apothéose de la guerre quand même, » ni l'idée très répandue dans les sphères militaires que » les opérations de la guerre ne soient sujettes à aucune » loi juridique ou morale. »

Il dévoile avec vivacité l'artifice du feld-maréchal, qui veut établir un antagonisme entre le développement des mœurs et la codification. Ce sont là deux éléments successifs et de même nature dans l'histoire de toute civilisation. Ils se complètent, loin de se contredire. Les lois sont les mœurs écrites. Les bonnes mœurs, disait Beccaria, font les bonnes lois. « L'histoire de la civilisation n'est » autre chose que l'histoire des tentatives faites par les » hommes pour donner plus de régularité à leurs relations » par la fixation de leurs coutumes, usages et mœurs dans » la forme des lois écrites. »

La loi écrite substitue la certitude et la clarté au caractère vague et incertain de la coutume. Elle renferme toujours une injonction précise, un précepte qu'il devient

difficile d'éluder. Le feld-maréchal le sait fort bien ; aussi, voulant garantir une liberté d'action illimitée aux autorités militaires, il s'oppose à une codification qui enchaînerait le commandement.

« Mais alors, avec un pouvoir arbitraire, il est inutile » d'attribuer un rôle quelconque à l'adoucissement des » mœurs pour prévenir les excès de la guerre. » M. de Moltke n'accepte pas le principe d'une codification qui pourrait le gêner ; s'il reconnaît l'influence des mœurs, c'est que son expérience d'homme de guerre lui a appris combien il est simple de se soustraire aux tempéraments qu'elles imposent !

M. de Moltke ne reconnaît comme règle que celle des « nécessités de la guerre ». Il se propose avant tout de la conduire avec énergie. Il donnerait sans doute son approbation à l'idée émise par l'Américain Beach Lawrence qui ne veut pas de codification de peur qu'en adoucissant la guerre, on n'enlève aux belligérants le moyen de la finir promptement (1).

Dans ces conditions, conclut M. de Martens, on juge ce que vaut la conviction du feld-maréchal que « la discipline rigoureuse maintenue en temps de paix et dont le » soldat prend l'habitude, est le plus puissant moyen » pour remédier aux circonstances anormales, pour » adoucir les pires excès de la guerre ».

« La discipline militaire, dit de Martens, ne saurait être » basée sur le principe d'une autorité arbitraire. Chaque » membre de l'armée doit savoir quels sont ses droits en » temps de paix comme en temps de guerre. » Il estime donc que les gouvernements doivent prendre les mesures

(1) BÉSOBRASOF, en réponse à cet argument — immoral — fait observer que l'histoire entière prouve que plus les coutumes étaient féroces et inhumaines, plus les conflits étaient fréquents et duraient longtemps. Conférence de Bruxelles : *Questions préliminaires ou générales* (Revue de droit intern., 1875).

nécessaires pour garantir en temps de guerre la stricte observation des règles qui peuvent maintenir une discipline rigoureuse qui sauvegardera *l'honneur et l'intérêt* de l'armée. Il importe donc que « les lois de la guerre » soient rédigées et précisent les droits et devoirs de chacun.

Le professeur de Martens expose ailleurs (*Réponse aux questions préalables ou générales posées après la Conférence de Bruxelles*) que cette question doit se trancher pendant la paix ; il serait impossible de résoudre une question de ce genre pendant la lutte même, au moment où les passions patriotiques sont en jeu.

Il croit en outre qu'il ne suffirait pas qu'un belligérant se bornât à établir un règlement, sans avoir la garantie que ce règlement sera aussi exécuté par l'adversaire. « Dans les relations internationales, en temps de paix et » en temps de guerre, le droit de réciprocité est d'une » importance décisive. »

M. de Martens a la satisfaction de voir un de ses compatriotes — un militaire cependant — le duc Nicolas de Leuchtemberg, partager complètement ses idées sur l'opportunité d'une codification des lois de la guerre. Il remercie le duc de lui avoir exprimé, dans sa lettre du 19 février 1881, « cet exposé si lucide des principes sur » lesquels sont basés toutes les lois et coutumes de la » guerre (1) ».

Dans cette lettre, le duc s'élève d'abord contre la critique faite par de Moltke au point de vue pratique des difficultés qui se présentent dans l'application d'une codification. Puis il développe sa conviction intime « que le » niveau de la civilisation moderne est parfaitement » à la hauteur des principes humains que les essais de » codification tendent à faire entrer dans la pratique ».

(1) Lettre de S. A. I. le duc Nicolas de Leuchtemberg, à M. le professeur de Martens.

L'application de ces principes *dépend entièrement des chefs*, de leur développement moral, de leur connaissance des lois et surtout des exigences du haut commandement. Les cas exceptionnels qui justifieraient les écarts sont fort rares, si même ils existent.

Si la pratique n'en est pas généralisée, c'est que la plupart des commandants ignorent ces lois et que l'application n'en est pas *obligatoire*, c'est-à-dire imposée par un État à ses propres troupes.

Une autre lettre intéressante en cette matière est celle que le professeur Bluntschli, membre de l'Institut de droit international et conseiller privé de l'empire d'Allemagne, écrivait d'Heidelberg à la date de Noël 1884. On y trouve encore une critique de cette même lettre du comte de Moltke du 11 décembre 1884, qui eut un grand retentissement. — M. Lucas, membre de l'Institut de France et de l'Institut de droit international, fait observer avec raison que ces deux lettres du professeur Bluntschli et du feld-maréchal ont la haute importance *ratione personæ et materiæ* d'un document historique et scientifique sur cette question de l'opportunité de la codification.

Bluntschli avait pris l'initiative de consulter le feld-maréchal sur l'essai de codification tenté par l'Institut de droit international. Il fut donc particulièrement ému de voir le comte de Moltke faire fi des aspirations des juristes et accuser leurs efforts d'inanité.

Il essaye d'atténuer la portée de cette théorie brutale en faisant ressortir qu'évidemment « les mêmes objets se » présentent sous un jour différent et forment d'autres » images selon qu'ils sont envisagés sous le point de vue » militaire ou sous le point de vue juridique ». Si donc l'homme de guerre est amené à sacrifier l'intérêt des populations inoffensives à celui de l'armée, il n'en est pas moins incontestable que le juriste « ne saurait s'affranchir

» du devoir d'assurer aux particuliers dans les contrées
» occupées par l'ennemi, *les garanties légales indispen-*
» *sables* ».

L'intervention du juriste en matière du droit de la guerre est parfaitement légitime ; sa compétence indiscutable. Son action sera d'une grande efficacité s'il veut se limiter dans ce domaine à un double but qu'il juge possible d'atteindre :

1° Ouvrir et faciliter la voie judiciaire pour les contestations de peu d'importance qui s'élèvent entre les États, la guerre en pareil cas, étant certainement un moyen disproportionné ;

2° *Contribuer, dans la guerre même, à éclaircir et for-*
mifier l'ordre légal.

Bluntschli constate d'ailleurs le développement progressif d'une conviction juridique générale qui tend à unir tous les peuples civilisés. L'idée de droit devient tous les jours plus puissante. Il estime donc qu'il est possible « de » proclamer un droit international de la guerre approuvé » par la conscience juridique de tous les peuples civilisés ».

Il pense en outre, à l'encontre du comte de Moltke, que l'insuffisance des moyens de faire respecter et exécuter les prescriptions du droit des gens est une raison de plus de procéder à une codification, « de présenter des préceptes » juridiques au sentiment de justice même des masses et » à la conscience juridique de ceux qui les dirigent ».

L'expérience sans doute accusera que de nombreuses violations du droit restent impunies ; mais qu'importe ! loin de rejeter le principe obligatoire violé, le juriste ne le proclamera que plus énergiquement. C'est en le proclamant et le proclamant sans cesse qu'il assurera leur triomphe.

M. Bluntschli nous a laissé en cette matière plus qu'une

démonstration théorique. L'œuvre de la codification lui doit un document intéressant : *le Droit international codifié*.

Pour établir d'une façon péremptoire que l'on est devenu intellectuellement capable d'exprimer sous forme de lois les principes internationaux, il a entrepris « une tâche » difficile, dit Calvo, celle de condenser, de coordonner » sous la forme compacte d'un code, dans un ensemble » de préceptes fixes et concis, la substance du droit international tel qu'il est généralement admis aujourd'hui ».

Son but — il le déclare dans la lettre à Lieber qui tient lieu de préface — a été de « contribuer à éclairer la conscience du monde civilisé et à développer le droit des » gens, en donnant aux principes une expression nette et » précise à la portée du grand public et conforme aux » besoins de notre époque ».

Cet essai de code international a eu le plus grand succès. Il a pénétré presque partout, a été traduit dans presque toutes les langues et notamment en espagnol par le publiciste mexicain Covarrubias. Une traduction chinoise en a même été faite par les soins de M. Martin, pour le compte du gouvernement de Pékin, qui ressentait la nécessité d'avoir des fonctionnaires connaissant le droit des gens de l'Europe. *Le Droit international codifié* exerce donc une certaine influence sur notre époque; il prépare l'œuvre de la codification officielle.

L'opinion d'un diplomate, rapprochée des théories émises par les juristes et les militaires que nous venons de citer, servira de conclusion à cette question de l'opportunité d'une codification.

M. le baron Jomini, plaidant devant la Conférence de Bruxelles la cause de la codification, insistait fort sur cette idée qu'il est moins difficile de faire son devoir que de le bien connaître. Il y a donc grand intérêt à dire à chacun

quel est son devoir dans une guerre régularisée. La plus grande incertitude subsiste, jusqu'à présent, quant aux lois de la guerre. Le droit des gens ne contient à cet égard que des principes généraux, toujours assez vagues, souvent ignorés, qui laissent place aux divergences d'interprétation et aux entraînements.

« S'il était possible de préciser dans une mesure pratique, par un accord général, ce que d'un côté les nécessités de la guerre comportent et ce que, de l'autre côté, les intérêts solidaires de l'humanité excluent dans l'état présent de la civilisation et des rapports internationaux... »

» Les gouvernements et les armées, sachant exactement ce que l'état de guerre autorise et ce qu'il interdit, les peuples pouvant en mesurer d'avance les conséquences et en prévoir les effets, il est incontestable qu'un pas important aurait été fait pour rendre la guerre régulière et diminuer les calamités dont l'incertitude et l'ignorance qui règne encore à cet égard sont trop souvent la cause. »

Et plus tard, dans le protocole final du 27 août 1874, il était dit :

« La guerre ainsi régularisée entraînant de moindres calamités, serait moins sujette aux aggravations qu'y apportent l'incertitude, l'imprévu et les passions excitées par la lutte.

» Elle conduirait plus efficacement à ce qui doit être son *but final*, c'est-à-dire le *rétablissement de bonnes relations et d'une paix plus solide et plus durable entre les États belligérants* ».

Section II.

Le principe de l'opportunité d'une codification des usages de la guerre admis, — on peut se demander s'il

est désirable de commencer par y formuler un ensemble de principes et de définitions générales concernant le but de la guerre, la raison de la guerre...

M. Rolin-Jaequemyns a posé la question dans une étude relative aux travaux de la Conférence de Bruxelles. Il présente aux membres de l'Institut une sorte de sommaire des questions à étudier et indique des points spéciaux à leur critique (1).

Bluntschli, Neumann et Martens s'opposent à une déclaration de principes. Ils estiment qu'il serait impossible de concilier les divergences en cette matière où tous, philosophes, professeurs, auteurs, ont une façon de voir différente. « Ce que l'un nommerait injuste, l'autre ne le croirait-il pas conforme au droit? »

M. de Landa est partisan de l'affirmative. Il déclare que « cela est désirable quoique non indispensable : s'il est » vrai que toute idée qui se formule se réalise, il est bon » de formuler des idées dont la réalisation puisse diminuer » les maux inséparables de la guerre ».

M. Lucas croit énergiquement à la nécessité de proclamer des principes généraux « pour s'entendre préalable- » ment sur le licite et l'illicite, et savoir si le droit de la » guerre doit être celui de la conquête ou celui de la » légitime défense ».

Pour agir sur l'opinion publique, il propose donc de rédiger en douze articles, une formule courte et précise du programme du nouvel ordre d'idées. On y établit qu'on se trouve réduit à civiliser la guerre puisqu'on ne peut l'abolir. Pour procéder à la civilisation de la guerre, il faut d'abord proclamer l'obligation de recourir à l'arbitrage pour la prévenir autant que possible. Ensuite quand

(1) *Revue de droit intern.*, 1875. Questionnaire adressé, au mois de février 1875, par M. Rolin-Jaequemyns, aux membres de la commission et communiqué aux autres membres de l'Institut.

elle n'a pas été prévenue, il importe de la régler par le principe de la légitime défense : il n'y a de droit de guerre admissible que celui de la légitime défense, qui seul détermine les règles du licite et de l'illicite (1). Enfin par la modération dans la conduite des hostilités afin de rendre possible à la paix l'œuvre de réconciliation sans laquelle se perpétuent les haines nationales.

Il recommande aussi les définitions générales de mots : but de la guerre, invasion, occupation, belligérant. Il voudrait notamment que tous les habitants fussent traités en belligérants et que les neutres refusassent la qualité de belligérants à ceux qui n'auraient pas recouru au début à la médiation ou à l'arbitrage.

Les articles (1 à 5) du projet russe primitif, soumis à la Conférence de Bruxelles, renferment des principes généraux.

1) Une guerre internationale est un état de lutte ouverte entre deux États indépendants (agissant isolément ou avec des alliés) et entre leurs forces armées et organisées.

2) Les opérations de guerre doivent être dirigées exclusivement contre les forces et les moyens de guerre de l'État ennemi, et non contre ses sujets, tant que ces derniers ne prennent pas eux-mêmes une part active à la guerre.

3) Pour atteindre le but de la guerre, tous les moyens et toutes les mesures conformes aux lois et coutumes de la guerre, et justifiés par les nécessités de la guerre, sont permis.

Les lois et coutumes de la guerre n'interdisent pas

(1) M. Moynier fait ressortir avec raison, l'impossibilité pratique de cette disposition. « Il y a apparence que jamais État ne signera » une convention qui ne stipulerait pas la réciprocité, et en vertu de » laquelle celui des belligérants qui prendrait l'offensive ou qui » mettrait le pied sur le territoire ennemi serait immédiatement hors » la loi. »

seulement les cruautés inutiles et les actes de barbarie commis contre l'ennemi; elles exigent encore de la part des autorités compétentes, le châtement immédiat de ceux qui se sont rendus coupables de pareils actes, s'ils n'ont pas été provoqués par une nécessité absolue.

4) Les nécessités de la guerre ne peuvent justifier : ni la trahison à l'égard de l'ennemi, ni le fait de le déclarer hors la loi, ni l'autorisation d'employer contre lui la violence et la cruauté.

5) Dans le cas où l'ennemi n'observerait pas les lois et coutumes de la guerre, telles qu'elles sont définies par la présente Convention, la partie adverse peut recourir à des représailles, mais seulement comme un mal inévitable et sans jamais perdre de vue les devoirs de l'humanité.

M. Moynier reproche à ces articles de ne pas exprimer des principes assez généraux. « Ils se rattachent plutôt » chacun à tel ou tel chapitre qu'à l'ensemble de la Convention et devraient figurer dans le corps de l'acte, là où se trouve traité le sujet spécial qu'ils concernent. »

En cette matière, M. Moynier est partisan d'une solution intermédiaire. Il pense qu'un énoncé de principes a sa raison d'être, si ces principes sont universellement admis. Ils unissent alors la science et l'empirisme et fortifient la convention. Il propose l'insertion d'un préambule analogue à ceux des Conventions de Genève et de Saint-Pétersbourg.

« Considérant :

» Que les progrès de la civilisation commandent non » seulement de recourir à l'arbitrage, pour la solution » des conflits internationaux, mais encore d'atténuer les » calamités de la guerre, quand elle est inévitable, par la » suppression de toute rigueur inutile;

» Que le seul but légitime que les États belligérants » doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblisse- » ment des forces militaires de l'ennemi;

» Les hautes puissances contractantes s'engagent à
» observer fidèlement et réciproquement, en cas de guerre
» entre elles, la Convention dont la teneur suit. »

D'autres rédactions ont été encore présentées pour le cas où l'on trouverait nécessaire des dispositions préliminaires générales (Denbeer-Portugaël, 6 articles).

De la comparaison de toutes ces propositions différentes, M. Rolin-Jaequemyns conclut qu'il est bien difficile, dans l'état actuel de la science et de l'opinion, d'aboutir à quelques formules à la fois satisfaisantes pour la conscience publique et acceptables par tous les gouvernements.

Section III.

Une question de principe se présente au début de toute codification : Quel but spécial doit-on viser, dans quel ordre d'idées doit-on se mouvoir ? Faut-il simplement se demander quel est le droit *positif existant*, se borner à *consolider* le droit coutumier ? N'importe-t-il pas au contraire et surtout qu'on examine *de quelle manière le droit positif existant* doit être et peut être amélioré ?

La question a certes une haute importance et M. Rolin-Jaequemyns l'indique à l'attention des jurisconsultes. Il pense qu'elle doit être résolue dans un esprit de sage transaction entre ce qui existe et ce qui est désirable. Faciliter l'évolution, mais s'abstenir de révolution. Tout progrès, pour être sérieux et durable, doit respecter la loi de la continuité historique.

M. Jomini, présentant un projet de Convention internationale, disait aux délégués de Bruxelles qu'il s'agissait de *consacrer* simplement des règles universellement admises, Ses paroles furent loin de satisfaire la majorité des délégués. L'un d'eux, le colonel Hammer, prit la parole pour développer qu'il s'agissait avant tout d' « humaniser »,

et par conséquent de modifier progressivement les règles admises. « L'Europe s'attend à voir sortir de nos délibérations des idées nouvelles, libérales et civilisatrices. Si nous nous limitons à sanctionner ce qui existe déjà, nous ferions défaut à une partie essentielle de notre tâche. »

Cette idée est en faveur auprès de tous les jurisconsultes.

C'est ainsi que M. Moynier pense qu'une réglementation n'est désirable qu'autant qu'elle peut être utile, c'est-à-dire qu'autant qu'elle est capable de faire à l'humanité une part plus large que par le passé dans les lois et coutumes de la guerre.

Cette efficacité peut se traduire de deux manières :

1° Par le développement du droit des gens dans le sens de l'interdiction des rigueurs inutiles ;

2° Par l'accroissement des garanties contre les violations de ce droit.

Il estime avec beaucoup de raison, qu'il vaut mieux ne pas légiférer que de promulguer une loi inexécutable.

M. de Parieu écrit dans le même sens : « J'admets l'utilité d'une déclaration concernant les lois et coutumes de la guerre, en désirant qu'autant que possible des principes progressifs y soient introduits. »

Il veut en outre « que des progrès ultérieurs soient réservés à l'aide d'une revision décennale de la déclaration ».

Il semble que M. de Parieu partage les craintes de l'Anglais sir Travers Twiss qui redoute que la codification, stéréotypant la coutume, ne la cristallise et n'arrête l'adoucissement graduel et spontané qui se produit dans la pratique.

Cette appréhension n'est pas fondée. Les codes vieillissent et disparaissent. Indépendamment de la déclaration réclamée

par M. de Parieu, la revision serait imposée par l'opinion publique, du moment où il paraîtrait possible de formuler des règles encore plus humaines.

Section IV. — Divers essais de codification.

§ 1. — *Instructions des États-Unis.*

Le premier essai de codification totale des coutumes de la guerre est dû au gouvernement des États-Unis de l'Amérique du Nord.

Les *Instructions* (de 1863) *pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique* ont un caractère purement interne et s'appliquent aux seules armées de l'Union américaine. Mais les principes qui s'y trouvent formulés relèvent du droit international; leur influence morale a rayonné bien au delà des frontières de l'Union; elle s'est étendue sur le monde civilisé tout entier dont ils traduisent la conviction.

Voici en quels termes Bluntschli apprécie le caractère remarquable d'une œuvre qui constitue « un des progrès » les plus importants du droit international moderne ».

« Il parut, pendant la guerre civile qui désola les États-Unis de l'Amérique du Nord, les *Instructions pour les armées en campagne de l'Union américaine*, instructions que l'on peut considérer comme la *première codification* des lois de la guerre continentale. »

On y trouve des prescriptions détaillées sur les droits du vainqueur en pays ennemi, sur les limites de ces droits, sur la propriété publique et privée de l'ennemi, sur la protection des citoyens, de la religion, des arts et des sciences; sur les déserteurs et les prisonniers de guerre, sur le butin recueilli sur les champs de bataille, sur les corps francs, les partisans, les espions, les pillards, les rebelles; sur les sauf-conduits, les traîtres, les porteurs

de dépêches faits prisonniers ; sur l'abus du drapeau parlementaire, sur l'échange des prisonniers de guerre, les signaux d'armistice et de sûreté, la mise en liberté sur parole, les armistices, les capitulations, les assassinats, les révoltes, la guerre civile, la rebellion.

Le projet de ces *Instructions* fut fait par le professeur Lieber (1), un des jurisconsultes et philosophes les plus honorés de l'Amérique. Le professeur Lieber « avait, » comme on sait, fait la guerre dans sa jeunesse (2) ». Soldat et philosophe, il se trouvait donc apte à concilier, dans la mesure du possible, les nécessités de la guerre et les exigences de l'humanité.

Son projet fut revu par une commission d'officiers et ratifié par le président Lincoln.

« Les *Instructions* sont beaucoup plus complètes et plus » développées que les règlements en usage dans les armées européennes. Comme, d'un bout à l'autre, elles » contiennent des règles générales, relatives au droit international dans son ensemble, et qu'en outre la forme en » laquelle elles sont exprimées est en corrélation avec les » idées actuelles de l'humanité et la manière de faire la » guerre chez les peuples civilisés, leurs effets s'étendront » certainement bien au delà les frontières des États-Unis ; » elles contribuent puissamment à fixer les principes du » droit de la guerre. Comme elles l'ont formulé de manière à correspondre à la nature des choses et à la façon » de penser de notre époque, les États européens ne peuvent sur ce point rester en arrière des États-Unis de » l'Amérique du Nord sans être mis au ban de l'opinion » publique et être accusés par elle de ne pas demeurer au » niveau des progrès faits par le droit international de » l'humanité civilisée. »

(1) Lieber était d'origine allemande et avait dû s'expatrier à la suite de la révolution de 1848.

(2) Bluntschli, Lettre à Rüstow.

Cette appréciation de Bluntschli sur la haute importance des *Instructions des États-Unis* se trouve justifiée par les faits. La conduite des États-Unis devait servir d'exemple à l'Europe, préparer l'opinion publique et amener les gouvernements à se réunir en une Conférence solennelle pour tenter d'adoucir les rigueurs de la guerre et ramener à l'unité des pratiques diverses.

La Conférence de Bruxelles de 1874, sur le projet d'une Convention internationale concernant la guerre, a été suggérée par ce qui s'est passé aux États-Unis. Beaucoup d'« Actes » de cette Conférence s'inspirent directement des dispositions formulées par le professeur Lieber. Cette influence est reconnue par le baron Jomini au protocole n° II des Actes de la Conférence. Il y expose qu'on a eu l'idée de faire un règlement analogue à celui du président Lincoln parce que les luttes internationales ont une incontestable analogie avec la guerre civile qui déchirait l'Union américaine ; qu'il existe aujourd'hui une étroite solidarité entre tous les intérêts nationaux et qu'il importe, de par cette solidarité, autant aux particuliers qu'aux gouvernants, aux militaires qu'aux peuples, de régler la marche et l'étendue de la guerre.

§ 2. — *Conférence de Bruxelles.*

La Conférence internationale officielle de Bruxelles est une manifestation des plus intéressantes et qui nous fournit des documents précis. Le projet relatif aux lois et coutumes de la guerre, fruit de ses travaux et discussions, présente « presque tous les caractères d'une codification internationale des lois de la guerre (1) ».

« Cette auguste assemblée, dit Calvo, n'a pas craint » d'aborder, dans ce domaine les questions les plus diffi-

(1) Bluntschli.

» ciles et les plus périlleuses. Des opinions souvent contradictoires, mais toujours autorisées, se sont produites simultanément. Des hommes d'État et des militaires y ont fait valoir, avec une rare compétence, les nécessités politiques et les exigences pratiques de la guerre, telles que les comprennent les différents États, suivant leur puissance, leur position géographique et leur aptitude pour l'attaque ou la défense.

» Quoique sans aucune force obligatoire vis-à-vis des gouvernements, ces règles *de droit* ont donc bien des titres au respect des nations. »

La Conférence se réunit le 27 juillet 1874, sur l'invitation de la Russie, à l'effet de discuter un projet de « Convention destinée à fixer les règles qui, adoptées d'un commun accord par tous les pays civilisés, serviraient à diminuer autant que possible les calamités des conflits internationaux, en précisant les droits et les devoirs des gouvernements et des armées en temps de guerre ».

Treize États européens avaient envoyé leurs délégués. Le Portugal et la Turquie se firent représenter quelques jours après l'ouverture de la Conférence. L'Europe entière s'était donc donné rendez-vous à Bruxelles, si l'on en excepte Monaco, Andorre et Saint-Marin.

Par contre l'Amérique et les États demi-civilisés de l'Orient n'étaient pas représentés. Les États-Unis d'Amérique, se jugeant mal invités, se sont abstenus d'envoyer des délégués à la Conférence (1).

(1) M. de Houdetot, président de la Société (fondée à Paris) pour l'amélioration du sort des prisonniers de guerre, avait été chargé par M. Gortchakof, à la suite d'une entrevue à Stuttgart, de pressentir M. Washburne, ministre des États-Unis, sur leur intention de participer au Congrès européen. Le gouvernement, jugeant insuffisante l'entremise de M. de Houdetot, qui n'avait aucun caractère officiel, n'a pas cru devoir répondre. Telle est la cause de l'abstention des États-Unis.

M. Lucas donne donc un motif erroné, lorsque, dans son rapport

Les délégués des États de l'Amérique du Sud étaient à Paris le 5 août, demandant leur admission au sein de la Conférence. Il ne fut pas fait droit à leur demande. On se trouvait en nombre suffisant pour le travail essentiellement préparatoire dont il s'agissait. Il valait mieux, pour le moment, se borner « aux gouvernements du continent » européen, d'autant plus que le gouvernement des États-Unis n'avait pas jugé lui-même devoir envoyer ses « représentants (1) ».

Les quinze États participants comptaient en tout trente-deux représentants (2). La science, la diplomatie et l'armée se trouvaient représentées à Bruxelles. Sur les trente-

verbal sur la publication des Actes de la Conférence de Bruxelles à l'Académie des sciences morales et politiques, il dit qu'« invités à envoyer des délégués, les États-Unis ont cru devoir s'abstenir, pour rester fidèles à la doctrine de Munroë ».

(1) Protocole n° III, séance plénière du 5 août : Refus d'accepter les États de l'Amérique du Sud et M. le comte de Houdetot, président de la Société pour l'amélioration du sort des prisonniers de guerre, proposé comme expert.

(2) L'Allemagne avait cinq délégués : le général-major von Voigt-Rhets, le général-major von Léonrod ; le major baron von Welck ; le *Staatsrath* (conseiller d'État) Fr. von Soden ; le *Geheimerath* (conseiller intime) docteur Bluntschli.

La Belgique en avait trois : le baron Lambermont, Charles Faider, colonel Mockel.

L'Espagne, trois : le duc de Tétuan, le maréchal de camp Servet y Fumagalli, le contre-amiral de la Pezuela.

La Russie, trois : conseiller privé baron Jomini, le général-major Leer ; le conseiller de cour docteur de Martens.

L'Autriche-Hongrie avait deux délégués : comte Chotek, et baron von Schönfeld, général-major.

Le Danemark également deux : directeur Vedel, et colonel Brun.

La France : baron Baude et général de brigade Arnaudeau.

L'Italie : baron Blanc, lieutenant-colonel comte Lanza.

Pays-Bas : M. de Lansberge, général-major van der Schrieck.

Grande-Bretagne : major-général sir Alf. Horsford.

Grèce : lieutenant-colonel Manos.

Suède et Norvège : lieutenant-colonel Staaf.

Suisse : colonel fédéral Hammer.

Turquie : Edhem.

deux membres de la Conférence, il y avait dix-huit militaires, dix diplomates, et quatre jurisconsultes ou hauts fonctionnaires, étrangers à l'armée comme à la diplomatie. Ces derniers étaient M. le conseiller de cour docteur de Martens, délégué de la Russie; M. Charles Faider, procureur général à la cour de cassation de Belgique; MM. le conseiller d'État baron de Soden et le docteur Bluntschli, délégués de l'Allemagne.

La Conférence dura un mois, du 27 juillet au 27 août 1874. Elle fut reçue et installée à l'hôtel du ministère des affaires étrangères par le ministre belge, comte d'Aspremont-Lynden (1).

Dès l'ouverture, le baron Lambermont, premier délégué de Belgique, fit une motion tendant à offrir la présidence des travaux au baron Jomini, premier délégué de Russie. « L'idée de chercher à adoucir les maux de la guerre est » une idée essentiellement généreuse, humanitaire, élevée; » elle mérite tous les suffrages. Or le promoteur de cette » pensée dans la sphère où elle est aujourd'hui portée, » c'est Sa Majesté l'empereur de Russie. »

La Conférence manifesta sa reconnaissance pour l'empereur de Russie en décernant l'honneur de la présider à M. le baron Jomini.

C'était un excellent choix.

Le baron Jomini donne immédiatement lecture des instructions qu'il a reçues de son gouvernement. Il précise le but et la portée du projet de convention sur lequel la Conférence est appelée à se prononcer.

Le but que se propose l'empereur est avant tout un but

(1) Paroles du comte d'Aspremont-Lynden, dans cette circonstance : « Nation neutre et essentiellement amie de la paix, la Belgique » voudrait qu'il n'y eût plus de guerres; mais si de telles calamités » ne peuvent être évitées, elle est encore dans son rôle en désirant » que l'on cherche à en adoucir les rigueurs ».

d'humanité. Il importe que l'on se garde de l'utopie. Les guerres deviendront plus rares, mais dans l'état actuel des choses, la guerre demeure un mal, sinon nécessaire, du moins parfois impossible à éviter. On ne les entreprendra plus à la légère, mais elles auront un caractère national, elles seront sérieuses.

On doit reconnaître cependant que la guerre n'est qu'une pénible exception, que la règle, ce sont les rapports pacifiques. « Le devoir des gouvernements est donc, tout en » se tenant prêts à la-guerre, de travailler de tous leurs » efforts à maintenir la paix tant qu'elle existe, à la rétablir si elle a été troublée.

» A ce point de vue, le seul but légitime de toute guerre » doit être d'arriver le plus promptement possible à une » paix rendue plus solide, plus durable.

» Le but ne saurait être atteint que si la guerre est » conduite à la fois énergiquement et régulièrement d'après » les lois et coutumes que le temps et l'usage ont consacrées parmi les peuples civilisés ; si elle est mise à l'abri » des calamités inutiles et des cruautés gratuites qui, en » enflammant les passions, amènent les représailles et laissent subsister des ressentiments qui rendent plus difficile le retour à des relations pacifiques.

« Ce n'est donc pas seulement les *sentiments d'humanité* » c'est l'*intérêt général* bien entendu qui doit porter les » gouvernements à ne point perdre de vue la paix durant » la guerre, de même qu'ils se tiennent préparés à la guerre » durant la paix (1). »

Dans sa seconde séance plénière, le 29 juillet, la Conférence, pour faciliter la marche des travaux, défère la délibération préalable des questions à une commission spéciale comprenant un délégué par État. Cette commission se

(1) Discours de M. le baron Jomini à la séance du 27 juillet 1874, à la Conférence de Bruxelles.

composait de dix militaires et de trois diplomates. On pouvait d'ailleurs, sur la proposition de Bluntschli, substituer un jurisconsulte à un diplomate ou à un militaire.

Il y eut cinq séances plénières et dix-neuf séances de la commission.

Indépendamment des Actes ou résolutions adoptés d'un accord unanime par la Conférence, les protocoles fournissent des commentaires et aussi « les réserves et » avis séparés que les délégués ont cru devoir y insérer » d'après les instructions et les points de vue particuliers » de leurs gouvernements ou leur opinion personnelle ».

Le secrétaire était M. Émile de Boerchgrave, attaché d'ambassade.

Les délibérations de la Conférence de Bruxelles ont été très tourmentées. La tâche proposée aux délégués, comme le reconnaissait M. le baron Jomini, présentait de sérieuses difficultés. C'était, selon lui, un motif de plus « de l'aborder dans un esprit de bon vouloir sérieux et pratique ».

Chaque article devint l'objet d'une discussion courtoise mais serrée et pressante, et souvent on dut éviter de conclure, les parties ne consentant à transiger que pour la forme.

Les causes de ces difficultés sont dues d'abord à des raisons purement politiques. Chaque État a une tendance à soutenir une théorie différente, suivant qu'il est plus apte à l'initiative de la guerre ou qu'il doit se restreindre à la défensive. En outre les problèmes qui touchent à la philanthropie sont très compliqués. Sur chaque question s'affirme l'opposition entre les *juristes* qui veulent faire progresser l'idée du juste et les *généraux*, préoccupés de la sécurité et du succès des armées.

L'œuvre de la Conférence de Bruxelles a donc été nécessairement imparfaite. Ses décisions ont été accompagnées d'un trop grand nombre de réserves pour pouvoir

être diplomatiquement acceptées et poser ainsi les premières assises d'une réglementation conventionnelle de la guerre.

M. Jomini constate cet insuccès, lors de la clôture de la session, tout en reconnaissant que la Conférence a délibéré dans un esprit conforme à la haute pensée qui avait présidé à sa convocation. « Nous sommes d'honnêtes » gens qui avons travaillé de concert à une bonne œuvre. » Malgré tant de bon vouloir, la Conférence ne peut cependant déférer aux gouvernements le projet émané de ses délibérations qu'à titre « d'enquête consciencieuse de » nature à servir de bases à un échange d'idées ultérieur ».

Il est incontestable cependant que le projet de déclaration internationale arrêté à Bruxelles constitue, malgré ses imperfections, une œuvre méritoire. Il fait la lumière sur bien des points douteux ou controversés, il lance le germe de principes pour l'avenir. L'esprit général de la déclaration est une idée de progrès, soit que l'on consacre des règles universellement admises, comme un minimum qu'on ne saurait violer ; soit que par l'expression de vœux, on manifeste « les desiderata du bien ou du moindre mal (1) ».

« C'est, écrit Rolin-Jaequemyns, un esprit à la fois pratique et humanitaire, également éloigné de l'utopie » stérile et d'une complaisance aveugle pour cet ensemble » d'exigences vagues et terribles que l'on désigne sous le » nom de raison de guerre. »

M. Moynier apprécie dans le même sens l'œuvre de Bruxelles. Il s'élève contre le reproche adressé à la Conférence d'avoir sacrifié les faibles, d'avoir formulé à l'avantage des forts, des conquérants au détriment des envahis. Il dit qu'on ne saurait sans injustice faire à la Conférence

(1) Landa.

ce procès de tendance. C'est le point de vue pratique qui l'a poussée à ne pas statuer sur des points importants, mais mal fondés. Mais elle a éliminé du texte primitif ce qui était une affirmation directe du droit de la force ; obligée de le reconnaître dans le fait, elle a toujours mis des bornes au pouvoir du vainqueur.

On doit donc reconnaître que, transformé par voie de traité en loi positive, le projet de Bruxelles constituerait un progrès sur l'état des choses existant, soit à titre de transformation du droit coutumier en droit écrit, soit à raison du mérite des règles proposées.

Le gouvernement russe, voulant achever l'œuvre entreprise, s'est efforcé de faciliter cette entente désirable et a proposé une nouvelle réunion à Pétersbourg pour que les gouvernements suffisamment éclairés y prissent une résolution définitive.

Par une circulaire du 26 septembre 1874, la chancellerie russe engage les gouvernements à examiner « les Actes et Protocoles de la Conférence de Bruxelles » et à lui faire savoir ce qu'ils en pensent. Le cabinet impérial consignera les conclusions dans un acte destiné à faire objet d'un échange de déclaration, ou soumettra un nouveau projet. On réunira à Pétersbourg une seconde Conférence « pour amener les opinions divergentes à un accord final, qui serait formulé dans un acte définitif ».

La Conférence de Pétersbourg ne put avoir lieu par suite de l'opposition décidée de la Grande-Bretagne. Ce refus était le digne complément de la résistance qu'elle n'avait cessé de manifester aux projets généreux de l'empereur Alexandre au cours de la Conférence de Bruxelles.

L'Angleterre avait d'abord fait des difficultés pour se rendre à Bruxelles. Puis elle avait consenti à accepter

l'invitation, sur la promesse qu'il ne serait émis aucune proposition touchant les matières relatives aux opérations maritimes. A Bruxelles sa conduite n'en est pas moins singulière. Son représentant, le major-général Horsford, n'était pas investi de pouvoirs plénipotentiaires. Il ne figure dans la Conférence qu'à titre de *témoin*. Il avait l'ordre de s'abstenir dans toute discussion qui porterait sur des principes généraux de droit international non encore universellement reconnus et acceptés.

Pourquoi le gouvernement anglais agissait-il ainsi ? Redoutait-il qu'on imposât tôt ou tard à la guerre maritime les procédés plus humains adoptés dans les guerres continentales, ou s'excusait-il réellement dans la conviction que l'entreprise à laquelle on le conviait ne pouvait aboutir (1) ? Cette objection soulevée par le comte Derby n'empêche pas sa conduite de prêter largement à la critique. « Ou la conférence avortera », écrivait-on dans la *Revue des Deux Mondes*, « et il est plus agréable de constater un » avortement que d'en être rendu responsable ; où, contre » toute espérance, on parviendra à réaliser un accord. »

Le motif de l'abstention de la Grande-Bretagne était tout autre. C'était le fait d'une conduite égoïste. Elle était évidemment dominée par la crainte que l'adoption des articles relatifs aux belligérants n'obligeât le pays à modifier les bases de son système militaire pour organiser le service universel, obligatoire. C'est ce qui ressort de la dépêche du 20 janvier 1873 où le comte Derby exprime qu'il est de son devoir de repousser, au nom de la Grande-Bretagne et de ses alliés dans les guerres futures, tout

(1) Le 20 janvier 1873, le comte Derby, par dépêche à l'ambassadeur de Grande-Bretagne à Pétersbourg, déclinait la nouvelle invitation. Il justifiait son refus par la conviction à laquelle il était arrivé qu'il n'y avait aucune possibilité d'entente sur les articles réellement importants du projet discuté et amendé à Bruxelles.

projet tendant à altérer les principes du droit international en vigueur jusqu'ici et, par-dessus tout, de refuser sa participation « à tout arrangement qui aurait pour objet » de faciliter les guerres d'agression et de paralyser la résistance patriotique d'un peuple envahi » (1).

La Grande-Bretagne sut habilement grouper autour d'elle la Belgique, les Pays-Bas, l'Espagne et la Suisse dont la population s'impose les charges militaires les moins fortes et dont la préparation à la guerre est la plus incomplète. Sous le prétexte d'assurer les droits de la défense nationale et la libre manifestation du patriotisme contre la puissante organisation militaire de la Russie, de l'Allemagne, de l'Autriche, de la France et de l'Italie, ils se sont élevés contre les points essentiels du projet russe à Bruxelles (2).

La même tactique les poussait à s'opposer à la nouvelle tentative de Pétersbourg. L'Angleterre entreprit de la faire avorter et y réussit pleinement. La Conférence projetée de Pétersbourg n'eût pas lieu (3).

(1) La presse anglaise approuva la conduite du Foreign Office et soutint qu'il serait plus opportun de faire des conférences pour supprimer le service universel et obligatoire.

(2) Les petits États et la Grande-Bretagne ont combattu le projet de la conférence notamment l'article 1 qui définit le territoire occupé ; l'article 2, qui confère à l'ennemi sur le territoire, l'autorité du pouvoir légal ; l'article 9 qui détermine le sens du mot belligérant ; les articles 40, 41, 42 qui traitent des contributions et des réquisitions.

(3) La réponse du prince Gortchakof à la dépêche du comte Derby (5 février 1875) est des plus intéressantes. Elle constitue à elle seule un éloquent plaidoyer en faveur de l'œuvre de la codification.

Il s'exprime d'abord avec modestie sur le résultat de la Conférence de Bruxelles ; il remarque cependant que peu faire est plus profitable que ne rien faire du tout.

Plus le droit des gens manque de précision et de clarté, plus il importe de suppléer dans la mesure du possible à ces incertitudes, à ces lacunes, à ces contradictions ; que si imparfaites que soient les règles proposées, les gouvernements qui les auront discutées et admises les interpréteront dans un esprit de douceur et d'équité ; que d'ailleurs, si tout restait indéfini, si le plus faible persistait à

Cette idée de la réglementation des lois de la guerre, qui, doit-on le dire, avait excité dans l'opinion publique plus de curiosité que d'enthousiasme, fut subitement abandonnée et il parut que de longtemps encore elle ne dût revenir à l'ordre du jour.

§ 3. — *Institut de droit international.*

Cependant un élément nouveau entraînait en scène. Une association venait de naître dans le cours de l'année précédente, qui, fière de la science et du prestige de ses membres, prétendait devenir en matière de droit international une autorité pour le monde.

L'Institut de droit international était fondé à Gand en septembre 1873. Rolin-Jaequemyns en fut le premier et principal fondateur. C'est au professeur Bluntschli qu'appartient l'idée selon laquelle l'Institut de droit international s'est organisé. « L'idée d'une conférence de » juristes du droit international m'a souvent préoccupé, » et je suis fort désireux », écrivait-il à Rolin-Jaequemyns en novembre 1878, « de voir formulées les propositions » que vous me promettez. En attendant, je me permets de » vous communiquer la forme que l'idée a provisoirement prise en moi. *Le point capital me paraît être de » créer une institution permanente, durable, qui, insensiblement, puisse et doive devenir une autorité pour le » monde. »*

L'Institut est une association purement scientifique, sans aucun caractère officiel. Un fonctionnaire y perdrait son droit de vote. Les travaux sont publiés dans l'*Annuaire de*

s'attribuer des droits illimités, il autoriserait le plus fort à user de sa force sans ménagement et à ne prendre conseil que de ses propres convenances; qu'on tomberait ainsi dans la *guerre sauvage*, et qu'on n'aperçoit pas ce que les petits États auraient à y gagner. »

l'Institut et dans la *Revue de droit international*. Il comprend soixante membres et autant d'associés.

Il a pour but de favoriser le progrès international :

1° En travaillant à formuler les principes généraux de la science, de manière à répondre à la conscience juridique du monde civilisé ;

2° En poursuivant la consécration officielle des principes qui auront été reconnus comme étant en harmonie avec les besoins des sociétés modernes.

L'Institut, pour ce qui nous concerne, est tenu de travailler, entre autres choses, à l'observation des lois de la guerre. Une commission permanente étudie spécialement ces questions et soumet à l'appréciation de l'Institut les solutions que lui signalent des spécialistes autorisés.

« De grandes espérances, nous dit M. Lucas, s'attachent à la fondation de l'Institut de droit international. C'est du côté de l'opinion publique qu'il est appelé à agir ; c'est là qu'il pourra obtenir et réaliser la conviction juridique. »

Le grand moyen que se propose d'employer l'Institut est donc l'action sur l'opinion publique. Il s'efforce de la préparer, de la gagner à cette idée de la réglementation des lois de la guerre. Il veut arriver à l'intéresser à cette réforme comme à un grand service à rendre à la patrie et un grand progrès à réaliser pour l'humanité. Ils procèdent à cet égard comme conseillait de le faire Frédéric Sclopis, président du Tribunal arbitral de Genève, pour la question non moins intéressante mais plus idéale de l'arbitrage.

« Il est nécessaire, écrivait-il, qu'il se forme ce que Montesquieu appelait un *esprit général* qui agisse constamment dans cette direction. Les Parlements, le clergé... tous devraient concourir à remplir cette haute

» mission. Il n'en est pas aujourd'hui de plus belle que celle-là. »

Un document intéressant et qui édifie pleinement sur les procédés de l'Institut de droit international est l'*Appel*, qu'il adresse de Gand, à la date du 28 mai 1877, à l'occasion de la guerre Russo-Turque, aux belligérants et à la presse. On y trouve indépendamment des raisons qui déterminèrent l'Institut à rédiger cet appel, l'énumération des conventions et déclarations protectrices des droits de l'humanité en temps de guerre.

APPEL AUX BELLIGÉRANTS ET A LA PRESSE.

Gand, 28 mai 1877.

Aujourd'hui il y a un sentiment général : c'est qu'il existe un droit de la guerre, encore imparfait sans doute, mais obligeant dès à présent les belligérants à l'observation de certaines règles nettement déterminées.

Dans ces circonstances, l'Institut de droit international, qui, aux termes de ses statuts, « aspire à favoriser le progrès du droit international en s'efforçant de devenir l'organe de la conscience juridique du monde civilisé », veut se faire l'écho d'un sentiment général.

Il s'adresse pour obtenir l'observation des prescriptions rigoureuses de l'humanité, à ceux qui gouvernent les peuples ou commandent les armées.

Elle invite les journaux des États belligérants comme ceux des pays neutres, à accorder leur publicité au présent appel, pour dissiper les derniers restes de ce préjugé barbare et funeste que « dans la guerre tout est permis ».

A) Le Congrès de Paris de 1856 a :

1° Interdit la course;

2° Protégé les ports de mer et le commerce des neutres contre les effets d'un blocus purement fictif.

3° Déclaré exempts de saisie les vaisseaux neutres avec toute leur cargaison, et les marchandises neutres naviguant sous pavillon ennemi, à la seule exception de la contrebande de guerre.

B) La Convention de Genève de 1864 protège les blessés et les malades et soustrait dans une certaine mesure aux charges de la guerre, les habitants du pays envahi qui auront recueilli et soigné les blessés.

C) Des articles additionnels à cette Convention, signés en 1868, n'ont pas été ratifiés par les parties contractantes, mais ces articles ont été adoptés en substance comme *modus vivendi* pour les belligérants durant la guerre de 1870-1871. Une mesure analogue ne pourrait-elle pas être prise pour la guerre actuelle.

D) La Déclaration de Saint-Petersbourg.

E) Enfin et surtout le projet de déclaration internationale, arrêtée par la Conférence de Bruxelles 1874, énonce les règles essentielles du droit de la guerre, telles qu'elles sont reconnues de nos jours dans tous les États civilisés.

Y renoncer, c'est renoncer à son honneur de puissance et d'armée civilisée.

Cet Acte consacre en substance les règles suivantes dont la force obligatoire paraît aujourd'hui incontestable (1).

(1) Il convient de mettre en présence de cet appel aux belligérants la *Déclaration du gouvernement impérial russe* sur les règles qu'il entend suivre pendant la présente guerre :

Extrait du *Journal de Saint-Petersbourg*, 11/26 mai 1877 :

Dispositions à l'égard de la puissance ennemie et de ses sujets ainsi que des États neutres et de leurs sujets :

1° Sujets de la Porte résidant dans l'empire... restent sous protection de la loi ;

2° Navires de commerce turcs feront leur chargement ;

3° Les sujets des États neutres peuvent continuer à commercer ;

4° Convention de Paris, 1856 ;

5° Sera réputée contrebande de guerre, et assimilée pour la répression : les transports de troupes et de dépêche ;

6° Maintenir commerce sur le Danube ;

7° Protection de la Commission du Danube ;

8° Convention de Genève sous condition de réciprocité de la part de l'ennemi lorsque le gouvernement turc aura, avec le consentement préalable de la Russie, adopté, au lieu du pavillon de Genève avec la croix rouge, un signe distinctif particulier pour ses hôpitaux ;

9° Déclaration de Pétersbourg, 1868 ;

10° Afin d'atténuer les calamités de la guerre et de concilier, autant qu'il est possible et sous réserve de réciprocité, les exigences de la

L'Institut de droit international s'est proposé de continuer l'œuvre commencée à Bruxelles. Les « Actes et Protocoles » de cette Conférence sont devenus l'objet d'études approfondies. M. Rolin-Jaequemyns, dans un rapport remarquable sur la Conférence de Bruxelles, indique à ses collègues une marche rationnelle pour leurs travaux et recommande, sous forme de questionnaire, l'étude de points fondamentaux. Les solutions sont traitées et fournies par des hommes dont le nom fait autorité dans la matière. « Nul n'était plus propre que l'Institut à entreprendre et conduire à bien une œuvre aussi difficile (1). »

Dans sa session annuelle de 1879, sur la proposition de M. Moynier, l'Institut décida la rédaction d'un *Manuel type* de ces lois, destiné à être proposé à tous les gouvernements pour l'instruction de leurs troupes respectives. Les bases du travail furent les Conventions de Genève (1864) et de Pétersbourg (1868), le projet d'article additionnel à la Convention de Genève (1868), le projet de déclaration de Bruxelles et les opinions émises à son sujet par l'Institut à La Haye (1879); les *Manuels* récemment adoptés officiellement en France, en Russie et dans les Pays-Bas, enfin les *Instructions pour les armées américaines*, adoptées par Lincoln en 1863.

Le projet élaboré par M. Moynier, après avoir été soumis aux membres de l'Institut fut, avec leurs observations, présenté à la commission chargée du travail (2).

« Le critérium qui guida celle-ci, fut avant tout le guerre avec celles de l'humanité, l'autorité militaire se conformera dans ses actes à l'esprit des principes posés à la Conférence de Bruxelles de 1874, en tant qu'ils sont applicables à la Turquie et s'accordent avec le but spécial de la guerre actuelle.

(1) Colonel Heurard.

(2) La commission se composait de MM. Bernard, Holland, Hall, pour la Grande-Bretagne; de M. Bluntschli et Schulze pour l'Allemagne; Denbeer-Portugaël pour les Pays-Bas; de Landa pour l'Espagne; Lucas, France; de Martens, Russie; Moynier, Suisse; Neumann, Autriche; Pierantoni, Italie.

» caractère pratique des propositions soumises à son examen : tout en visant à un idéal, elle fit aussi la part de l'humaine nature et n'en exigea jamais que les concessions ou les progrès pour lesquels elle était mûre (1) ».

Soumis définitivement à l'Institut réuni en séance plénière, le *Manuel* fut adopté à l'unanimité des voix dans l'assemblée d'Oxford, le 9 septembre 1880.

« MANUEL » D'OXFORD.

Le *Manuel* est précédé d'un avant-propos où l'Institut expose des considérations générales sur l'opportunité et la difficulté de l'essai de codification qu'il tente. On fait ressortir la grande place que tient la guerre dans l'histoire; « on ne parviendra pas de sitôt à s'y soustraire, car elle » apparaît comme la *seule issue possible* des conflits qui » mettent en péril l'existence des États, leur liberté, leurs » intérêts vitaux.

» Mais l'adoucissement graduel des mœurs doit se refléter dans la manière de la conduire. Il est digne des » nations civilisées de chercher, comme on l'a fort bien dit, » à restreindre la force destructive de la guerre. tout en » reconnaissant ses inexorables nécessités (2). »

On fait ressortir d'ailleurs la difficulté du problème, tout en constatant le bon vouloir des gouvernements à cet égard.

« Cependant, indépendamment des lois internationales » existantes en cette matière, il y a aujourd'hui un certain » nombre de principes de justice qui dirigent la conscience publique, qui se manifestent même par des coutumes générales. *Ces coutumes, il serait bon de les fixer,* » *de les rendre obligatoires.* »

(1) *Revue militaire belge* 1884, 1^{er} trimestre : Colonel Heurard : *Les lois de la guerre.*

(2) Jomini, Protocole IV, sc. plénière, 26 août 1874, Conférence de Bruxelles.

C'est ce qu'a tenté la Conférence de Bruxelles ; c'est ce à quoi l'Institut de droit international à son tour essaye aujourd'hui de contribuer.

« L'Institut ne propose pas un traité international. Il » offre aux gouvernements un *Manuel*, propre à servir » de base, dans chaque État, à une législation nationale, » conforme à la fois aux progrès de la science juridique » et aux besoins des armées civilisées. »

C'est un *Manuel* type qui permettra de faire triompher des règles uniformes dans les Instructions des armées respectives. Il répond à une tendance qui se manifestait dans les différents États de faire depuis quelques années des règlements sur cette matière.

C'est ainsi qu'un colonel d'état-major de l'armée néerlandaise publie, en 1873, un *Manuel des lois de la guerre* destiné à propager les principes du droit des gens dans les écoles militaires et dans les corps d'armée des Pays-Bas. — Le gouvernement russe publia son *Manuel des lois de la guerre* peu de temps après la clôture de la Conférence de Bruxelles. — Puis apparut successivement, en 1876, le *Manuel serbe* basé sur le *Manuel russe*. En 1878, le *Manuel de droit international à l'usage des officiers de l'armée de terre*, rédigé par un diplomate et publié par le ministère de la guerre français ; en 1878-1879 les *Projets de code militaire* pour les troupes de la Confédération suisse.

La question était donc à l'ordre du jour lorsque parut le *Manuel d'Oxford*. Il a été accueilli généralement avec intérêt et bienveillance, non seulement par les jurisconsultes, mais aussi par les militaires (1).

(1) Lettre du maréchal de Moltke à qui on avait demandé son approbation pour le *Manuel de droit international* (décembre 1880).

Lettre de Bluntschli. — Ses observations à l'occasion de la lettre de

Le *Manuel* a été traduit en diverses langues, notamment pour le compte du gouvernement japonais et du gouvernement chinois (1).

Le 9 mars 1884, par résolution du ministre de la guerre de la République Argentine, il est accepté purement et simplement pour l'armée.

Ce *Manuel* — le colonel Heurard en témoigne — a tout ce qu'il faut pour être placé entre les mains des militaires. Il est moins aride et plus populaire qu'un document légis-

M. de Moltke. Il expose les considérations qui ont été déterminantes pour les membres de l'Institut (Noël 1880).

Lettre de S. A. I. le duc Nicolas de Leuchtemberg à M. le professeur de Martens, à propos du *Manuel* (19 février 1884).

Lettre de M. de Martens à S. A. I. le duc Nicolas de Leuchtemberg (23 février 1884).

Lettre de Lucas. — Observation sur les lois de la guerre, 1884. Cette dernière a paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*. M. Lucas ne donne pas son approbation sans partage. Il reproche au *Manuel d'Oxford* :

1° De n'avoir pas affirmé que le droit dont on fait dériver les lois de la guerre ne peut-être que le droit de légitime défense;

2° De n'avoir donné qu'une approbation restreinte, une douteuse confiance à la substitution du principe de l'arbitrage à la voie des armes pour le règlement des conflits internationaux.

(1) Les Japonais ont rédigé depuis plusieurs années déjà un code national des lois de la guerre, conforme aux idées en honneur chez les Occidentaux. Leurs instructions reproduisent en substance la Convention de Genève et le projet de Déclaration de Bruxelles.

M. Moynier nous rapporte qu'en 1877, dans la guerre contre l'île de Kagoshima insurgée, l'assistance privée a joué un grand rôle conforme à la Convention de Genève : Une Société dite Haku-ai-Sha, ou « de l'Amour fraternel » prenait naissance et volait au secours des blessés. Une fois l'insurrection terminée; les statuts de cette association furent revisés et complétés. Elle n'a cessé dès lors de se préparer pour l'éventualité d'une autre guerre comme c'est le devoir de toutes sociétés similaires de la Croix-Rouge, sur les traces de laquelle elle se propose de marcher.

En Chine, le gouvernement de Pékin a fait traduire dans sa langue le *Droit international codifié* de Bluntschli, qui contient le texte de la Convention de Genève et le *Manuel des lois de la guerre*, publié par l'Institut de droit international.

latif. Il se compose d'une série de sentences claires et brèves, faciles à retenir. Le soldat peut s'en pénétrer. Pour aider l'esprit et la mémoire à passer sans difficulté d'un précepte à un autre, on les a reliés par un texte en petit caractère qui facilite l'enchaînement des idées.

« Cette codification, — est-il dit dans l'avant-propos, — sera utile pour les militaires eux-mêmes. Elle prévient le déchaînement des passions et des instincts sauvages; elle consolide la discipline, ennoblit la mission patriotique du soldat et soustrait les belligérants aux pénibles incertitudes et aux récriminations sans fin auxquels ils sont exposés, lorsque les exigences de l'opinion restent indéterminées. »

Finalement, l'Institut fait observer que, pour atteindre le but que l'on se propose, il ne suffit pas que les souverains promulguent une législation nouvelle.

« Il est essentiel en outre qu'ils la vulgarisent, pour que lorsqu'une guerre sera déclarée, les hommes soient bien pénétrés des droits et des devoirs spéciaux attachés à l'exécution d'une semblable législation: »

Il semble d'ailleurs que les gouvernements aient conscience de la tâche qui leur incombe.

En Hollande, le *Manuel* de M. Denbeer-Portugaël, à l'usage des officiers des armées néerlandaises, est enseigné dans les écoles militaires de ce pays.

En Prusse, les lois de la guerre sont professées régulièrement pour la marine à Kiel.

En Autriche, elles font partie du programme des études de l'Académie de guerre de Vienne.

En Italie, outre le *Manuel* d'Antonio Berti, le département de la guerre a fait paraître en 1882 un *Règlement pour l'armée*.

En Russie, les questions qui se rattachent aux lois de la

guerre entrent comme partie intégrante dans l'enseignement de l'École militaire.

En France, un décret du 18 décembre 1883, rendu sur la proposition du général Campenon, dote l'École supérieure de guerre de conférences sur le droit international et organise des conférences dans l'armée pour les officiers (1).

Le *Manuel d'Oxford* se confine dans les mêmes limites que le projet de Déclaration de Bruxelles. Il omet systématiquement la *guerre maritime*, le *droit des neutres* (2). Il ne traite également pas la question de savoir *comment la guerre commence* et *comment la guerre finit*. Les capitulations et l'armistice ne sont pas traitées spécialement. On aborde cependant la question des *représailles*, volontairement omise à Bruxelles.

Le *Manuel* se différencie également du projet de Bruxelles par l'*ordre des matières*.

L'ordre de la déclaration avait été critiquée par M. Moynier qui proposait de suivre la marche suivante :

- 1° Occupation du territoire ;
- 2° Conduite des hostilités ;
- 3° Belligérants séparés de leurs armées ;
- 4° Observation des lois de la guerre.

M. Rolin-Jaequemyns, dans son rapport sur la Conférence de Bruxelles, établit de son côté qu'il serait plus logique de commencer par :

- A) Le droit des personnes ;
- a) Qui fait la guerre et contre qui se fait-elle ?

(1) Tous ces détails sont empruntés au livre de M. Guelle sur *le Droit de guerre* (notes 19, 23). On doit ajouter que le cours de l'École de guerre, dont M. Renault avait été chargé, a été supprimé il y a deux ans.

(2) On ne traite spécialement que le cas des internés chez les neutres, reproduisant les quatre articles de Bruxelles, introduits sur la demande de la Belgique.

b) Combattants et non combattants.

B) Emploi des moyens de guerre :

Quels sont les moyens d'action licites ou illicites ; — Armes ; — Sièges et bombardement ; — Ruses de guerre ; — Espionnage ; — Occupation du territoire ennemi.

C) Rapports nouveaux :

Ils surgissent de l'emploi de ces moyens de guerre, ordre nouveau de rapports : série de droits et d'obligations réels ou personnels.

De la règle concernant les effets juridiques de l'occupation du territoire ennemi (contributions, réquisitions), prisonniers de guerre, malades, blessés.

D) Enfin :

Il peut y avoir suspension formelle, partielle ou totale des hostilités, soit en vertu de certaines conventions (capitulation, armistice), soit comme moyen d'y arriver (parlementaires).

E) Des neutres.

Rolin-Jaequemyns conseille d'ailleurs de se méfier, dans ces déclarations, des principes et définitions générales.

Le *Manuel d'Oxford* s'inspire quelque peu de l'ordre indiqué par Rolin-Jaequemyns. Il s'en différencie cependant et commence tout d'abord par un exposé de principes généraux.

Le *Manuel* comprend trois parties.

I. — Dans la première se trouvent exposés des principes généraux.

La guerre est un rapport d'État à État ; elle ne comporte de violences qu'entre les « forces armées » des États belligérants.

Que sont les « forces armées » ? Qui est belligérant ?

Le but légitime de la guerre ne peut être que l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi ; on doit, d'une

façon générale, s'abstenir de toute rigueur inutile et action déloyale.

L'état de guerre laisse subsister un état de droit : un territoire envahi ne peut être considéré comme définitivement conquis qu'après la guerre.

II. — La deuxième partie traite de l'application de ces principes généraux. Elle se subdivise elle-mêmes en quatre parties :

1° *Des hostilités*, comprenant :

a) Des règles de conduite à l'égard des personnes (population inoffensive, belligérants, blessés, malades, morts) ;

b) Des règles de conduite à l'égard des choses (des moyens de nuire, du bombardement, du matériel sanitaire).

2° *Des territoires occupés*, avec semblables sous-divisions :

a) Règles de conduite à l'égard des personnes ;

b) Règles de conduite à l'égard des choses (propriété publique, propriété privée).

3° *De la condition des prisonniers de guerre* : Régime de la captivité, sa cessation.

4° Internés en pays neutre.

III. — Troisième partie : *Sanction pénale* (représailles), la partie la plus faible, dit le colonel Heurard.

Celle est, dans ses grandes lignes, l'œuvre de l'Institut de droit international. Elle est digne de toute louange. On peut affirmer qu'elle sera la source d'une grande amélioration dans les pratiques de la guerre, le point de départ d'un nouveau progrès pour l'humanité. Nous ne pouvons mieux faire que de nous associer aux paroles éloquentes du colonel Heurard :

« Honneur donc à l'Institut de droit international qui a

» su présenter, sous une forme claire et précise, les pré-
» ceptes juridiques dont la nécessité est généralement
» reconnue; formons le vœu qu'ils soient écoutés et
» suivis, et unissons nos efforts pour les répandre et les
» faire adopter par tous ceux qui ont mission de conduire
» les armées et de les faire combattre.

» Il peut exister entre nous et l'Institut quelques diver-
» gences de vue; mais le dernier mot n'est pas dit : le
» code n'est pas immuable; il est sujet à revision. C'est à
» nous, qui devons l'appliquer, à chercher à l'améliorer
» dans le sens humanitaire que ses auteurs et surtout ses
» inspireurs, parmi lesquels nous devons pas oublier
» l'empereur Alexandre, ont voulu lui imprimer. »

DEUXIÈME PARTIE

ÉTUDE DU « MANUEL » PUBLIÉ PAR L'INSTITUT
DE DROIT INTERNATIONAL (Oxford, 1880).

LES LOIS DE LA GUERRE SUR TERRE

CHAPITRE I

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Section I. — Conception moderne de la guerre.

Une conception qui semble s'être dégagée des pratiques de la guerre moderne, c'est qu'il faut considérer la guerre comme un duel d'État à État, comme une perturbation des rapports de droit international public.

On cesse d'admettre que la guerre soit une lutte de tous contre tous et on répudie le système antique où l'individu est confondu avec l'État. L'État et le citoyen de cet État sont deux personnes bien distinctes. Chacune d'elles a une sphère d'activité spéciale, des droits qui lui sont propres. Dès lors — théoriquement — les particuliers ne devraient pas être, comme hommes, directement intéressés dans la lutte qu'il plaît à un État d'entreprendre

contre un État ennemi pour trancher une difficulté politique, pour faire prévaloir un droit qui, de sa nature ne relève que de cet État. C'est ce que Jean-Jacques Rousseau exprime nettement au livre I, chapitre iv, du *Contrat social*. « Enfin chaque État ne peut avoir pour ennemis » que d'autres États, et non pas des hommes, attendu » qu'entre choses de diverses natures on ne peut fixer » aucun vrai rapport. » Le jurisconsulte Portalis ne fait que commenter l'argumentation du célèbre philosophe, lorsqu'il prononce les paroles suivantes dans un discours tenu le 14 floréal an VIII, à l'ouverture du Conseil des prises : « Entre deux ou plusieurs nations belligérantes, » les particuliers dont ces nations se composent ne sont » ennemis que par accident ; ils ne le sont point comme » hommes ; ils ne le sont même pas comme citoyens ; ils » le sont uniquement comme soldats. »

Le principe est désormais incontesté. Hommes d'État et militaires s'en inspirent dans la longue période des guerres de l'Empire, et tous reconnaissent en matière de guerre l'énergique séparation du droit public et du droit privé. En ce sens, un mémoire de Talleyrand, du 10 novembre 1806, et une lettre de Champagny à Armstrong, du 22 octobre 1809. — Napoléon I^{er} lui-même rend au principe nouveau l'hommage le plus invraisemblable lors du célèbre décret de Berlin, du 21 novembre 1806, qui en était la négation même. Il avoue, dans son message au Sénat, qu'il y a de la barbarie à faire souffrir les *particuliers* de la querelle des rois ; que les confiscations ne peuvent s'étendre aux propriétés privées, ni aux personnes étrangères au métier des armes. Il déclare donc n'agir ainsi que sous l'impulsion « d'un juste sentiment de réciprocité » et dans l'espoir de conclure une paix plus rapide.

La guerre est donc aujourd'hui une *relation* d'État à État. Ce sont eux les belligérants et contre eux seuls peu-

vent être dirigés des actes de violence. C'est ce que déterminent les articles 37, 38, 44, 47, des *Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique*; — de même les articles 38, 39, 40 du projet d'une déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre, discuté dans la Conférence de Bruxelles (27 juillet-27 août 1874). Le principe nouveau ne s'affirme d'ailleurs qu'implicitement dans ces deux codifications.

Les juristes d'Oxford, au contraire, s'inspirant de l'importance considérable de l'introduction de ce principe, y voient la base de la transformation radicale des lois de la guerre. Ils ont pensé qu'il importait, au début même d'une œuvre de codification, de formuler d'une façon expresse le principe de la restriction fictive du combat aux seuls États belligérants.

ART. 1^{er}, *Oxford*. — L'État de guerre ne comporte des actes de violence qu'entre les forces armées des États belligérants.

Cette conception nouvelle de la guerre affranchit les particuliers d'une attaque directe. Les citoyens paisibles de l'État envahi ne sont pas traités en ennemis. Il faudrait un fait hostile de leur part pour leur retirer le bénéfice de cette protection, comme l'exprimait le roi Guillaume de Prusse dans une proclamation du 11 août 1870 : « Je » fais la guerre contre les soldats français et non contre » les citoyens français. Ces derniers continueront donc à » jouir de la sécurité pour leurs personnes et pour leurs » biens, aussi longtemps qu'ils ne m'enlèveront pas eux- » mêmes, par des actes d'hostilité contre les troupes alle- » mandes, le droit de leur accorder ma protection. »

C'est ce que formule l'alinéa 2, conséquence logique du principe posé :

ART. 1^{er}, § 2, *Oxford*. — Les personnes qui ne font pas partie d'une force armée belligérante doivent s'abstenir de tels actes.

On se demande quelle est la portée pratique et actuelle du principe lui-même?

On a dit que cette distinction entre l'État et ses ressortissants était arbitraire et relative, que cette conception était la conséquence des idées absolutistes. Elle se comprend sous le régime autocratique et dynastique où les peuples se rapprochent beaucoup des troupeaux. Mais le mouvement des idées tend de plus en plus à l'effacer. La distinction est difficile sous le régime démocratique où chaque homme est en même temps citoyen et appelé non seulement à servir d'instrument à l'État, mais à participer directement ou indirectement à ses résolutions. Aujourd'hui les guerres ne peuvent être que nationales; c'est le peuple qui veut la guerre, c'est le peuple qui la fait; c'est la question personnelle de chaque homme. On ne peut donc plus dire que la guerre ne soit qu'une relation d'État à État!

Nous opposerons à ceci que la raison de la restriction de la lutte aux seuls États belligérants dérive d'un autre ordre d'idées. Cette restriction se base sur ce que *les particuliers sont représentés par l'Etat*. C'est en lui que se fait la coordination de toutes les forces individuelles; c'est par lui que se manifeste la plus grande exaltation de la force sociale. Dans ces conditions, ce qui sera démontré par la force contre l'État, le sera généralement *à fortiori* contre les particuliers. L'individu s'efface; il devient une quantité négligeable en face des formidables organisations que sont les États modernes. Mais il n'en supportera pas moins les conséquences dernières de la lutte. L'État vaincu imposera lui-même à la *société civile* qu'il représente l'exécution des engagements internationaux, sans qu'il soit besoin à l'État vainqueur de la mettre directement en cause. La distinction entre l'État et ses ressortissants ne nous semble donc pas devoir s'effacer.

La sécurité de la société civile est donc la conséquence

de ce qu'elle est représentée par son gouvernement. La raison de ce principe permet d'en déterminer la portée. Il ne peut s'appliquer que dans une société soumise à une autorité bien assise. Si donc l'autorité d'un État se discrédite, s'affaiblit ou s'annule, il faudra bien s'adresser à la nation elle-même puisque rien ne la représente. Peut-être sera-t-il nécessaire de molester les particuliers et de porter atteinte à leurs patrimoines. Aussi les révolutions qui surviennent en temps de guerre extérieure ont-elles une gravité exceptionnelle. L'adversaire ne peut avoir pour une nation en proie à l'anarchie les mêmes égards que pour un État régulièrement constitué.

Dans le même ordre d'idées, le système de guerre employé à l'égard des peuples barbares se rapproche des procédés antiques de destruction et d'extermination.

Section II. — Des belligérants.

a. — *Du service militaire universel.*

Les États lutteront par l'intermédiaire de leurs forces armées. Que seront ces forces armées?

Si nous considérons l'organisation militaire de certaines nations, nous voyons qu'elle embrasse la masse des citoyens valides et en état de porter les armes. Tous sont astreints à un service obligatoire. A la première alerte, ils sont enrégimentés, reçoivent un uniforme, des armes, et, solidement encadrés, marchent à la bataille. Ce n'est plus une armée, c'est la *nation armée*.

En ce sens on a pu dire que la guerre d'aujourd'hui serait comme celle d'autrefois, une lutte de tous contre tous. Mais si l'établissement du service obligatoire généralise la lutte, on lui doit aussi de régulariser la guerre, de réaliser un adoucissement dans la conduite des hostilités. Il fait entrer les classes instruites dans les armées

à côté des éléments grossiers et violents qui naguère y étaient prépondérants. L'action des chefs se fait désormais sentir sur chacun des belligérants ; ils préviennent les pires excès de la guerre par le maintien d'une discipline rigoureuse et par la vigilance de l'administration qui pourvoit à la subsistance des troupes en campagne. Le duc Nicolas de Leuchtemberg exprime, dans une lettre au professeur de Martens, qu'il *dépend entièrement des chefs* de contenir — en temps de paix comme en temps de guerre — le débordement des éléments brutaux qui entrent toujours dans la composition d'une armée moderne ; il ne tient qu'aux chefs d'assurer le respect des lois de la guerre, conformément à l'*article 3 d'Oxford*.

ART. 3, *Oxford*. — Toute force armée belligérante est tenue de se conformer aux lois de la guerre.

Inefficacité des soulèvements populaires. — L'adoption du service universel obligatoire réalise donc de grands progrès au point de vue international. L'*intérêt national* semble en outre rendre nécessaire cette organisation et partout elle tend à prévaloir.

Les soulèvements populaires sont condamnés par l'expérience. Le professeur de Martens a établi que la Suisse, les Pays-Bas et la Belgique, qui réclamaient l'intégrité du droit de défense à la Conférence de Bruxelles, n'ont pas eu de véritables levées en masse depuis Jésus-Christ. De même le soulèvement de l'Espagne n'a pu réussir au cours des guerres de l'Empire, que parce qu'il s'appuyait sur les troupes de Wellington, comme le peuple russe s'appuyait, en 1812, sur les débris de l'armée nationale. La levée en masse provoquée en 1813 par le gouvernement prussien n'eût pas abouti, si le contingent du duc d'York n'eût vivifié cette manifestation non organisée.

Assurément les chances de succès de résistances populaires vont s'affaiblissant de siècles en siècles. La guerre

moderne se fait avec une rapidité vertigineuse ; il serait donc impossible à notre époque, de relever la fortune par une résistance nationale s'étendant à la fois sur tous les points du territoire. Ces masses manqueraient de l'instruction technique, de cette cohésion rigoureuse qui sont l'élément essentiel de tout succès.

En outre, les mœurs rendent impossibles le retour des violences individuelles, provoquées par ces explosions de fureur patriotique. Si tout habitant doit être considéré comme un ennemi possible, c'est le retour à la barbarie. La lutte prendra un caractère de violence extrême, et de graves inconvénients en résulteront pour la sécurité du pays lui-même.

Les gouvernements qui s'inspirent de l'intérêt national et des exigences militaires de l'époque, ne doivent donc pas encourager cette guerre irrégulière pour harasser une armée envahissante. Si les circonstances rendent nécessaire le recours à la levée en masse, ils s'appliqueront à l'organiser. Cette organisation, loin de gêner ou d'affaiblir un élan patriotique méritant tous les égards, permettra d'opposer une résistance plus efficace à l'armée ennemie. En admettant qu'une force non organisée, disait Rolin-Jacquemyns dans une interprétation de la Conférence de Bruxelles, soit supérieure à zéro, il est néanmoins certain qu'elle restera toujours inférieure à une force composée de mêmes éléments mais organisée. Le gouvernement français de la Défense nationale s'en rendait compte. Aussi, après avoir décrété la levée en masse le 4 novembre 1870, il s'appliqua à l'organiser par un décret postérieur. Les hommes de vingt et un à quarante ans ont été divisés en trois bans dont le premier seul a été appelé sous les armes, et mélangés avec les armées régulières.

L'organisation militaire d'un État est d'autant plus

puissante qu'elle est prévue et solidement ordonnée en temps de paix. On s'est donc appliqué à trouver une formule permettant d'utiliser toutes les ressources d'une nation en vue de la défense commune. La meilleure, celle qui semble devoir prévaloir, est l'institution du service universel. Elle donne à l'armée une organisation assez élastique pour qu'elle puisse comprendre au besoin toutes les forces vives de la nation. Depuis le jour où la Prusse en décrétait l'application en 1806, le service universel s'est étendu, a gagné une partie de l'Europe ; la Belgique elle-même semble devoir s'y soumettre prochainement.

Néanmoins le service universel est une onéreuse et coûteuse institution. Son adoption exige des ressources considérables que certaines puissances n'ont pas à leur disposition. Aussi bien peuvent-elles trouver obstacle dans leurs mœurs, dans leur organisation sociale, à l'adoption de ce principe militaire.

En fait, certains États n'ont qu'un nombre de troupes insuffisant pour faire face aux difficultés d'une guerre. Les gouvernements devront demander à la nation « le complément de la défense régulière ». Il n'y a pas de prescription positive qui puisse faire obstacle à ce droit imprescriptible de la défense. On s'en est rendu compte lors des discussions de la Conférence de Bruxelles. Les belles considérations du délégué de la Prusse sur la guerre harmonique ont laissé insensibles les délégués des petits États. Condamnés par la force même des choses à ne faire que des guerres défensives, ils ne voulaient admettre aucune clause qui tendît à les entraver dans la libre disposition de leurs moyens de résistance. C'est leur grand souci pendant les travaux de la Conférence ; il s'accuse d'une façon continue. Il éclate au début même dans les réserves expresses formulées par M. de Lansberge, délégué des Pays-Bas, du baron Lambermont, délégué de la Bel-

gique, et du maréchal de camp Servet, délégué de l'Espagne. Il se manifeste dans l'argumentation serrée qu'on oppose au projet russe, à qui l'on reproche de paralyser la défense en voulant régler les inspirations du patriotisme; nous le voyons reparaître lorsqu'il s'agit de déterminer la nature du droit acquis à l'armée envahissante par le fait de l'occupation tant sur le sol que sur les habitants.

Cependant le délégué prussien, le général de Voigt-Rhets arrivait avec un système logiquement conçu. Pour lui, on devait aviser aux moyens de rendre la guerre aussi régulière que possible. Il pensait que la guerre ne serait faite dans toutes les règles que le jour où les peuples consentiraient à laisser la discipline des armées décider de leur sort et jugeraient qu'il est de leur devoir de demeurer les simples spectateurs de la lutte. Il ne reconnaît pas à un État envahi le droit de chercher dans la population civile le complément de défense qu'il croit pouvoir y trouver. Les qualités de chacun sont fixées dès le début des hostilités militaires : militaires d'un côté, non combattants de l'autre; que les citoyens se résignent donc au fait accompli.

Il savait que son système rencontrerait une grande résistance de la part de plusieurs délégués. La question était donc délicate à poser. Il le fit habilement, en se présentant sous les traits d'un chaud partisan de la levée en masse dont il fait l'apologie. Rien n'est plus légitime, dit-il, et il ne peut venir à la pensée de personne de l'empêcher. Mais dans son idée, levée en masse signifie organisation militaire universelle en temps de paix. Aussi, ajoute-t-il, ce que l'on demande, c'est que cette levée en masse soit organisée d'une manière quelconque afin de ne pas dégénérer en brigandage. Et c'est alors que, déposant le masque, il se livre à une attaque des plus véhémentes contre la guerre de partisans. Pour lui les entreprises des

corps francs contre les armées régulières constituent du banditisme. Elles sont l'occasion de brigandages, de violences illicites ; elles ne s'inspirent que d'arbitraire et de passion. Elles surexcitent par l'incertitude qui en est la conséquence, l'esprit de colère et de vengeance des troupes menacées et provoquent de cruelles représailles. Il refuse donc de traiter les personnes qui ne font pas partie de l'armée en ennemis réguliers et les considère comme des brigands.

Le duc de Tétuan s'élève immédiatement contre les conclusions du général de Voigt-Rhets. Il oppose, au nom de son gouvernement, le système de *liberté absolue de la défense*. Les observations du général prussien, incontestables en théorie, sont inapplicables au point de vue spécial de l'Espagne. Les traditions locales, les conditions géographiques, le caractère des habitants et jusqu'à son histoire obligent ce pays à considérer la guerre défensive comme une guerre nationale. Toutes les forces vives de la nation doivent y prendre une part active sans se demander à quel danger elles s'exposeraient. Aux yeux du délégué espagnol, un pays dont les habitants calculeraient les périls qu'ils vont courir, serait un pays perdu.

Le système espagnol était trop absolu. Sans doute beaucoup d'États se révoltaient contre l'idée que la guerre dût être un simple tournoi entre les armées régulières avec les peuples pour spectateurs ; on pensait que le sentiment patriotique qui pousse tous les hommes valides à prendre les armes pour défendre le territoire envahi est non seulement un droit imprescriptible, mais encore un devoir sacré. Mais devait-on aussi faire l'apologie de ces soulèvements patriotiques inorganisés, pouvait-on ne pas condamner les excès qu'ils entraînent, n'était-ce pas aller contre le but même que se proposait d'atteindre la Conférence ?

Dans ces perplexités, certains esprits penchaient pour l'*abstention*. Le général Arnaudeau, qui ne pouvait pas ne pas se souvenir de certains événements de la guerre de 1870, exprimait la crainte que l'excès de réglementation des devoirs humanitaires ne produisît l'effet contraire de celui que l'on avait en vue. Il redoutait que les belligérants, malgré leurs bonnes dispositions, ne fussent amenés, par les nécessités de la guerre, à violer les règles tracées, et que ces violations n'entraînent des représailles correspondantes. Puis, s'écriait avec éloquence, le baron Lambert, la guerre a ses pratiques; c'est assez de les tolérer; il ne faut pas leur faire l'honneur de les convertir en règles et de les inscrire dans un code. « Si des citoyens » doivent être conduits au supplice pour avoir tenté de » défendre leur pays au péril de leur vie, il ne faut pas » qu'ils trouvent inscrit sur le poteau au pied duquel ils » seront fusillés l'article d'un traité signé par leur propre » gouvernement, qui d'avance les condamnait à mort. »

Semblable prescription positive que dans certains cas un patriote est un criminel, serait pour l'envahisseur une sorte d'assurance contre les maux de la guerre. Elle serait funeste au contraire pour le vaincu. La seule garantie contre les abus de la force est le sentiment qu'elle a de sa responsabilité et la peur que lui inspire quelquefois l'opinion. Il ne faudrait donc pas que la conscience du vainqueur pût se mettre à l'aise sous quelque article de code international.

Il fallait pourtant formuler un projet d'entente sur ce point important. Ne pas le faire, eût été donner raison à ceux qui contestaient l'efficacité des travaux de la Conférence. D'autre part, on se méfiait généralement de ces soulèvements patriotiques, des excès qu'ils entraînent et du peu de service qu'ils rendent à la cause nationale. Convaincus pour la plupart « qu'on ne peut limiter les

« droits de l'attaque qu'en réduisant ceux de la défense », les délégués se rallièrent à la proposition du général de Leer.

Le délégué russe fait une concession de principe à l'éloquente susceptibilité patriotique du baron Lambermont. il déclare qu'il y a deux sortes de patriotisme, celui qui est réglé et celui qui ne l'est pas. Aucun ne constitue une manifestation criminelle. Mais celui qui est préférable pour la défense est évidemment celui qui est réglé. Il importe donc de déterminer les conditions que devront remplir les corps ou individus qui prennent une part active à la guerre pour pouvoir être considérés et traités comme belligérants réguliers. Ces conditions remplies par la défense, l'armée victorieuse se verra enlever un droit de représailles qui pourrait aller fort loin. Tout le monde y trouvera son compte et les droits de l'humanité seront sauvegardés.

b. — *Qui est belligérant?*

Le professeur F. Lieber, dans un ouvrage paru à New-York en 1862, détermine les conditions qui lui paraissent indispensables pour que des corps francs puissent être considérés comme soldats et non comme criminels (1).

Suivant lui, la nécessité s'impose avant tout d'un ordre émané de l'autorité légale, ou tout au moins d'un groupe considérable de citoyens constitué en vue d'organiser la défense nationale.

Il faudrait en outre nécessairement le port d'insignes militaires inséparables de la tenue et reconnaissables à portée de fusil.

Cependant, dans le cas d'une levée en masse, les citoyens

: (1) *Guerilla parties.*

qui auraient pris les armes devraient, même s'ils n'ont pas d'uniforme, être traités en prisonniers de guerre, lorsqu'il résulte des circonstances que l'absence d'uniforme n'est pas un moyen dont ils se servent pour faire une guerre déloyale.

L'année suivante, Lieber appliquait ses principes rationnels à la confection des *Instructions pour les armées en campagne des États-Unis* (art. 51, 81, 82). La qualité de belligérant résulte de l'ordre émané de l'autorité légale. C'est la condition fondamentale. Dans le sens étroit où il l'entend, les *partisans* sont des soldats réguliers, des soldats armés, portant l'uniforme du pays, mais agissant indépendamment du commandant en chef.

ART. 81, *Instructions américaines*. — « Les partisans » sont *des soldats armés* et portant l'uniforme militaire de leur pays, mais appartenant à un corps qui agit indépendamment de l'armée principale, dans le but de faire des incursions sur le territoire occupé par l'ennemi. S'ils sont pris, ils ont droit à tous les privilèges des prisonniers de guerre. »

De même, s'il reconnaît à la société civile le droit de s'opposer à l'envahisseur, il faut que ce soit sur « un ordre » émanant des autorités compétentes ». Dans ce cas, conformément aux principes posés, les insignes ne sont pas strictement nécessaires.

ART. 51, *Instructions américaines*. — « Si, à l'approche » de l'armée ennemie, la population de la partie du pays ennemi qui n'est pas encore occupée, ou la population du pays tout entier, se lève en masse pour résister à l'envahisseur, *sur un ordre émanant des autorités compétentes*, cette population est traitée en ennemie déclarée, et tous ceux de ses membres qui sont pris sont prisonniers de guerre. »

Et au contraire, dans l'énumération de ceux qui doi-

vent être traités en non-belligérants, il met au premier rang, les hommes qui combattent *sans ordres*.

ART. 82, *Instructions américaines*. — « Les hommes ou » les bandes d'hommes qui commettent des hostilités » soit en combattant, soit en faisant des incursions pour » détruire ou piller, soit en se rendant coupables d'ou- » trages quelconques, *sans ordres*, sans faire partie de » l'armée organisée... ne sont pas des ennemis publics. » S'ils sont capturés, ils n'ont aucun droit aux privilèges » des prisonniers de guerre, et doivent être jugés som- » mairement, comme des voleurs de grand chemin ou des » pirates. »

Ce système, bien qu'il soit fort étroit, est encore moins rigoureux que celui que pratiquaient les Allemands en 1870.

Ils n'hésitaient pas à déclarer hors les lois de la guerre les corps francs non autorisés; mais ils réclamaient en plus une autorisation pour chaque individu isolé. Telle est la proclamation affichée dans les localités occupées en France par les forces allemandes :

« Tout individu arrêté et qui voudra être traité en pri- » sonnier de guerre, devra prouver sa qualité de soldat » français par la production d'un ordre émané de l'auto- » rité compétente, concernant sa personne et établissant » qu'il a été appelé sous les drapeaux et inscrit sur les » registres matricules d'un corps militairement organisé » par le gouvernement français. »

La proclamation exigeait en outre des insignes militaires et uniformes inséparables de la tenue et reconnaissables à l'œil nu à portée de fusil.

Ils furent impitoyables dans l'exécution. M. de Bismarck prétendait qu'il fallait que les francs tireurs pussent *en toute occasion* et à la distance nécessaire être reconnus comme soldats. Il reprochait au gouvernement de la

Défense nationale de vêtir de la blouse la garde nationale mobile, la garde nationale sédentaire. La blouse étant nationale en France, leur uniforme pouvait donc être confondu de bonne foi avec le vêtement des paysans de France. Il devenait donc impossible de distinguer à distance, *prima facie*, le soldat de l'habitant. Le prince de La Tour d'Auvergne (1), après entente avec le ministre de la guerre, déclara que dans le cas où les Allemands mettraient à exécution leurs menaces, il serait usé de représailles envers les hommes de la *Landwehr* et du *Landsturm*.

M. Rolin-Jaequemyns fait observer, dans une appréciation de la guerre de 1870, parue dans la *Revue de droit international* (de Gand), que ces deux conditions spéciales de l'*autorisation individuelle* et du *port d'un uniforme* sont souverainement injustes dans le cas d'une levée en masse. Son appréciation n'est que l'expression adoucie du sentiment presque unanime qui a poussé l'Europe à protester contre les excès allemands en cette matière.

M. Rolin-Jaequemyns semble d'ailleurs, à cette date de 1870, s'en rapporter encore au système du professeur Lieber pour organiser militairement la société civile. Il reproduit, dans son exposé des principes rationnels sur la matière, l'exigence des mêmes conditions. Il les désigne sous les expressions abstraites de « nécessité de la commission gouvernementale, de l'apparence et de la » conduite militaire ».

Mais sa théorie est moins rigoureuse en ce sens qu'il indique que la condition de la *commission gouvernementale* est moins essentielle que la condition de l'*apparence* et de la *conduite militaire*.

Cependant la vérité se dégageait insensiblement. Le

(1) Sénat, séance du 1^{er} septembre 1880. Réponse de M. de La Tour d'Auvergne, ministre des affaires étrangères à l'interpellation Le Verrier.

fait de l'autorisation du gouvernement était relatif et secondaire. Dès 1872 Bluntschli formulait ainsi sur ce point :

ART. 570. — « Les corps francs qui prennent part aux » opérations militaires proprement dites sont considérés » comme ennemis lorsqu'ils agissent sur l'ordre du gouvernement ou sur son consentement, *ou tout au moins* » lorsqu'agissant de bonne foi et dans la conviction de la » justice politique de leur cause, ils entreprennent une » expédition militaire et se conduisent en troupes organisées militairement. »

Bluntschli se contente d'une autorisation tacite. L'élément essentiel, c'est la loyauté des opérations militaires. Quand un corps franc agit de bonne foi et dans la conviction de la justice politique de sa cause, il convient de lui appliquer le privilège des belligérants. L'énumération des diverses conditions à remplir par la société civile pour s'organiser militairement, constitue les *présomptions juris et de jure*, pour nous servir de l'expression de M. Blanc, délégué de l'Italie à Bruxelles, que le combattant est un véritable belligérant. Elle fixe les conditions qui rendent absolu et indubitable le caractère de belligérant. Ce caractère pourrait donc être acquis et constaté autrement (1).

(1) Klüber reconnaît le droit de la levée en masse sans distinction entre la levée ordonnée et la levée spontanée. « Au moment d'un » grand danger national, l'homme qui, voué aux occupations de la » paix, prend les armes et joue sa vie pour son pays, commet-il un » acte criminel et mérite-t-il d'être traité plus rigoureusement que » le soldat tenu au service militaire ? Les auteurs établissent des distinctions embarrassées sur les cas où la levée en masse a été » ordonnée par le gouvernement et ceux où elle a lieu spontanément. Mais la levée en masse n'est-elle pas de droit et d'obligation » stricte quand un pays est envahi par un ennemi qui prétend le » démembrer et n'est-il pas de l'intérêt de toutes les nations que » tous les citoyens prennent les armes quand la patrie est menacée » dans ses plus grands intérêts ? » (*Revue de droit internat.*, 1870, II, p. 665-666.)

C'est en cet esprit qu'il faut interpréter les articles 9 et 10 de Bruxelles et l'article 2 d'Oxford.

Les termes de la déclaration de Bruxelles sont donc beaucoup plus avantageux pour la défense nationale que les *Instructions américaines*. La Conférence décide que le titre et les droits des belligérants appartiennent aux milices et volontaires organisés.

Par organisation, on entend l'ensemble des dispositions qui constituent l'apparence (2°, 3°) et la *conduite militaire* (4°), et au premier rang la déclaration place la nécessité de la subordination à *un chef responsable*.

L'autorisation du gouvernement n'est donc plus exigée ; une action spontanée est légitime.

ART. 9. *Bruxelles*. — « Les lois, les droits et devoirs de » la guerre ne s'appliquent pas seulement à l'armée mais » encore aux milices et aux corps de volontaires réunis- » sant les conditions suivantes :

- » 1° D'avoir à leur tête une personne responsable
- » pour ses subordonnés ;
- » 2° D'avoir un signe distinctif fixe et reconnais- » sable à distance ;
- » 3° De porter les armes ouvertement, et
- » 4° De se conformer, dans leurs opérations, aux » lois et coutumes de la guerre.
- » Dans les pays où les milices constituent l'armée » ou en font partie, elles sont comprises sous la » dénomination d'armée. »

L'article 570 *bis* de Bluntschli est rédigé sur la base de l'article 9 de cette déclaration.

Le *Manuel de droit international*, à l'usage des officiers de l'armée française, s'inspire quant au détail de ces mêmes dispositions. Il est conçu dans un esprit qui laisse place à une large interprétation et formule qu'« en prin-

» cipe, la qualité de belligérant est acquise à toute personne qui combat pour son pays et se conforme aux lois « de la guerre ».

De même l'*article 2 d'Oxford* qui procède à l'énumération de ce qu'il faut entendre par « force armée ».

ART. 2, *Oxford*. — La force armée d'un État comprend :

1° L'armée proprement dite, y compris les milices;

2° Les gardes nationales, *Landsturm*, corps francs et autres corps qui réunissent les trois conditions suivantes :

a) Être sous la direction d'un chef responsable ;

b) Avoir un uniforme ou un signe distinctif, fixe et reconnaissable à distance, porté par les personnes qui font partie du corps;

c) Porter les armes ouvertement.

3° Les équipages des navires et autres embarcations de guerre.

C'est donc l'esprit et sensiblement la lettre de la Déclaration de Bruxelles. La seule différence consiste dans l'économie du texte, spécialement en ce qui concerne la conduite militaire. L'article 9 de Bruxelles exprime la nécessité de se conformer aux lois et coutumes de la guerre, C'est la quatrième des conditions qu'elle impose aux corps francs. On en déduit implicitement semblable nécessité pour l'armée régulière.

Les juristes d'Oxford sont plus logiques. Ils généralisent les termes de cette obligation stricte et en font un article spécial qui s'applique à toute force armée belligérante.

ART. 3, *Oxford*. — Toute force armée belligérante est tenue de se conformer aux lois de la guerre.

Dans son énumération des « forces armées », énumération qui n'a rien de limitatif, l'*article 2 d'Oxford* comprend

après l'armée et les milices, les gardes nationales, *Land-sturm*, corps francs, et équipages des navires, une autre catégorie de belligérants :

ART. 2, § 4, *Oxford*. — Les habitants du territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prennent les armes *spontanément* et ouvertement pour combattre les troupes d'invasion, même s'ils n'ont pas eu le temps de s'organiser.

C'est la reproduction presque littérale de l'article 10 de la Déclaration de Bruxelles. On fut amené à considérer cette hypothèse sur la réclamation du colonel Hammer. L'histoire de la Suisse du commencement de ce siècle et de la fin du dernier offre l'exemple de localités, de vallées entières, qui spontanément, sans organisation ou commandement, s'opposent à la marche de l'ennemi. Ces hommes qui défendent leur pays ne sont pas des brigands et le fait de n'avoir pu remplir les conditions exigées par l'article 9 de Bruxelles ne peut leur faire refuser les droits de belligérants.

Le général de Voigt-Rhets oppose qu'en principe la levée en masse ou celle d'une localité doit être organisée de même manière. Ce sont des manifestations de même nature, cependant il consent à distinguer. Si c'est la population d'un territoire occupé qui se soulève, elle doit être soumise aux lois en vigueur dans l'armée occupante; pas d'hésitation possible.

Si, au contraire, la population d'un territoire non occupé a été surprise par l'ennemi, qu'elle n'ait pas eu le temps matériel pour s'organiser, pour trouver et revêtir des insignes, il veut bien leur reconnaître la qualité de belligérants, s'ils ont combattu conformément aux usages de la guerre. « Mais le chef de l'armée envahissante », ajoute-t-il, « aurait à apprécier si réellement la résistance » a été spontanée et si le temps a manqué pour l'organiser conformément à l'article 9. »

M. de Lansberge fit observer que ce droit d'appréciation laissait peser une bien grande incertitude sur ce point. Peut-être ?

Mais cette incertitude n'est-elle pas aussi bien le caractère de toute cette matière des belligérants. On s'est efforcé de formuler dans des prescriptions précises les conditions qui assurent la qualité de belligérant. Mais sera-t-on toujours d'accord sur le point de savoir s'il a été satisfait aux conditions exigées ? Ne pourra-t-on pas contester sur le caractère de tel signe ou uniforme, objecter que telle manœuvre est déloyale et que, dans tel cas, il y a port d'armes clandestin ? La difficulté d'interprétation sera grande. « Il faudra », pense un publiciste de la *Revue des Deux Mondes*, « l'institution d'une nouvelle science, la ca- » suistique militaire qui aura ses Molina et ses Suarez ; » des directeurs de conscience dans les états-majors à côté » des conseils de guerre. Bref ce sont autant de graves » questions que le vainqueur aura à méditer. Suivant la » solution, il traitera ses adversaires en soldats ou en » bandits ! »

On s'est demandé également à Bruxelles quel traitement on devrait appliquer à des individus isolés qui se trouvent dans la *partie non occupée* de leur pays et qui rendent des services signalés à leur patrie. Il font par exemple sauter un rocher ou un pont à un moment donné, et ils retardent ainsi la marche de l'ennemi.

On pense qu'on devrait les traiter en prisonniers de guerre. Ce n'est plus là le cas de celui qui va faire la guerre de buisson, qui se met à l'affût pour tirer sur une vedette ou un éclaireur.

L'ennemi, au contraire, a le droit de traiter, non comme des soldats, mais comme des brigands, ceux qui lui font la guerre d'une façon intermittente ; d'être implacable

« contre l'affûteur qui, après avoir fait le coup de feu dans
» l'ombre, retourne à sa charrue ».

En ce sens le *Manuel de droit international français* :
« Les lois actuelles de la guerre ne tolèrent point qu'on
» surprenne la confiance de l'adversaire, en se faisant
» passer, suivant les circonstances tantôt pour un habi-
» tant paisible qui doit être protégé, tantôt pour un ennemi
» qui doit être combattu. Il est donc interdit de dissimu-
» ler, à l'occasion, le signe du combattant, et la peine
» d'une pareille fraude n'est rien moins que la perte de la
» qualité de belligérant. »

Section III. — De la conduite des hostilités.

ART. 4, *Oxford*. — Le seul but légitime que les États doivent se proposer durant la guerre étant l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi (Déclaration de Saint-Petersbourg du 4/16 novembre 1868),

Les lois de la guerre ne reconnaissent pas aux belligérants une liberté illimitée quant aux moyens de nuire à l'ennemi.

Ils doivent s'abstenir notamment de toute rigueur inutile, ainsi que de toute action déloyale, injuste ou tyrannique.

a. — Du but légitime de la guerre.

Certains philanthropes, soucieux de réduire la guerre à son strict minimum, ont tenté de faire prévaloir un principe dont l'admission, si elle était possible, constituerait un nouveau progrès dans la civilisation de la guerre.

Ils proposent une extension nouvelle, une plus large compréhension du principe qui restreint la lutte aux seules forces armées. Dans ce système, ce ne sont plus seulement les particuliers, mais les États eux-mêmes, en tant que personnes morales, qui sont à l'abri d'une attaque

directe. Comme la société civile s'efface au cours de la guerre derrière l'État à qui incombe le soin de la défense commune, de même s'abstrait de la lutte la personnalité juridique de l'État : seules restent en présence les armées qui représentent ces États ; elles sont les seules ennemies, les seules belligérantes. Toute entreprise en dehors des faits militaires, tout acte directement attentatoire à ses conditions essentielles d'existence devrait être réprimé comme la violation d'un droit privé. Ce serait la manifestation la plus parfaite de la survivance d'un état de droit en temps de guerre, le triomphe du grand principe idéal du droit des États à la vie et à l'indépendance.

Cette théorie est excessive et, doit-on le dire, pratiquement inadmissible. C'est vouloir forcer singulièrement les prémisses posées au livre I^{er}, chapitre iv du *Contrat social* que d'en tirer cette conséquence extrême. Rousseau, qui, en matière de philanthropie, était l'homme de toutes les audaces, a dû déclarer cependant que la fin de la guerre est la destruction de l'État ennemi. On épargne l'attaque directe au particulier, parce qu'il n'est pas un ennemi au sens direct du mot. — Les États, au contraire, sont des ennemis. — Chaque État lutte contre toutes les forces de l'autre État dans le but de l'amoindrir. Le droit existe donc de chercher à anéantir toutes les organisations de cet État, d'ébranler ou de déraciner ses institutions ; c'est ce droit, nous l'avons démontré, qui constitue la rançon de la sécurité donnée à la société civile.

Comment prétendre le contraire et sur quoi se baser ? La Déclaration de Saint-Pétersbourg du 11 décembre 1868 ne peut être considérée comme consécration d'une semblable utopie. On aurait pu le prétendre en se basant sur une lettre où le feld-maréchal, de Moltke semble attribuer cette portée imprévue à ces expressions de la déclaration que « le seul but légitime que les États doivent » se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement *des*

forces militaires de l'ennemi. » Cette allégation est bien peu fondée. Elle ne tient pas devant une lecture attentive du texte.

Cette Déclaration rendue sur la proposition de la Russie, et à laquelle tous les États de l'Europe ont accédé, est conçue dans les termes suivants : « Considérant que » les progrès de la civilisation doivent avoir pour effet » d'atténuer autant que possible les calamités de la guerre ; » *que le seul but légitime que les États doivent se proposer durant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi* ; qu'à cet effet il suffit de mettre » hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible ; que le but serait dépassé par l'emploi d'armes » qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes » hors de combat ou rendraient leur mort inévitable ; que » l'emploi de pareilles armes serait dès lors contraire aux » lois de l'humanité, les parties contractantes s'engagent » à renoncer mutuellement, en cas de guerre entre elles, » à l'emploi par leurs troupes de terre et de mer de tout » projectile d'un poids inférieur à 400 grammes, qui » serait ou explosible ou chargé de matières fulminantes » ou inflammables. »

Il s'agit donc, dans l'espèce, d'atténuer les calamités de la guerre, de diminuer la mortalité. C'est une question d'humanité et non une question de droit public, de rapport juridique d'État à État. D'autant plus que la Commission internationale réunie à Saint-Pétersbourg était exclusivement militaire, semblable assertion ne peut donc se soutenir ; elle se motive par le désir du feld-maréchal de s'offrir une occasion de développer ses conceptions sur la façon de conduire la guerre.

b. — *Des procédés de guerre.*

La Commission de Saint-Pétersbourg se propose de faire triompher le principe de la GUERRE MODÉRÉE. Elle s'inspire, comme l'a écrit Lucas, des idées de Kant dans son *Projet de paix perpétuelle*. On y considère la guerre comme un épreuve passagère d'où un État peut sortir agrandi ou diminué, mais toujours identique à lui-même. Il importe donc d'éviter au cours de la lutte, les violences excessives dont le souvenir ferait obstacle au retour de la paix durable. « Les guerres, a dit Portalis, sont aux nations » sorties de la barbarie ce que sont les maladies aux » hommes bien constitués : les forces vives de la société » travaillent au rétablissement de la paix. »

La conduite de la guerre doit être telle qu'elle rende possible à la paix l'œuvre de réconciliation et qu'elle ne laisse pas éterniser les haines nationales. Le chef-d'œuvre de la politique consiste à transformer un ennemi en ami. Manou, l'antique législateur de l'Inde, l'avait compris. « En gagnant des richesses et un accroissement de terri- » toire, dit-il au livre VII (§ 208), un roi n'augmente pas » autant ses ressources qu'en se faisant un ami fidèle d'un » ancien adversaire vaincu. »

La guerre de Crimée fut conduite, de part et d'autre, dans cet esprit de modération et d'humanité. Le général russe Milutine, qui y fut mêlé, écrit dans ses *Mémoires* : « Les parties belligérantes ne doivent tolérer que les vio- » lences qui sont impérieusement nécessaires pour la » guerre. Toute souffrance et tout dommage qui n'auraient » pas pour seul résultat d'affaiblir l'ennemi, n'ont aucune » raison d'être et ne doivent être admis d'aucune manière. » Aussi la guerre finie, des relations amicales purent-elles s'établir entre les ennemis de la veille et l'on peut assurer qu'il ne reste aucun levain de haine entre les belligérants d'autrefois.

Ce résultat si probant ne séduit pas cependant le feld-maréchal de Moltke. A la *guerre modérée*, il oppose le système de la GUERRE ÉNERGIQUE.

Il n'est plus question de Kant, de primauté du droit. La guerre cesse d'être un art passager, c'est un dogme. Après Hegel, il défie le succès ; il voit dans la manifestation de la force la preuve du droit. Pour lui comme pour Joseph de Maistre, la guerre est un instrument du règne de la Providence et malheur au vaincu qui voudrait faire obstacle à la marche de ce fléau divin. C'est par la guerre que se régénère le monde, c'est par elle que l'humanité progresse : Gloire à la guerre !

« La paix perpétuelle est un rêve, et ce n'est même pas » un beau rêve. La guerre est un élément de l'ordre du » monde établi par Dieu. Les plus nobles vertus de » l'homme s'y développent : le courage et le renoncement, » la fidélité au devoir et l'esprit de sacrifice ; le soldat » donne sa vie. Sans la guerre, le monde croupirait et se » perdrait dans le matérialisme. »

La conception du feld-maréchal sur la façon de conduire la guerre s'inspire de cette métaphysique transcendante. Un général en chef tient en main le glaive de Dieu : il doit avoir hâte de faire prévaloir un dessein dont il n'est que l'exécuteur. Son grand souci doit être de terminer promptement la guerre entreprise. *Il doit être permis*, en vue de ce but, dit-il, *d'user de tous les moyens*, sauf de ceux qui sont *positivement* condamnables. D'ailleurs indépendamment des forces militaires, il faut attaquer toutes les ressources du gouvernement ennemi, ses finances, ses chemins de fer, ses approvisionnements et même son prestige.

Et ce n'est pas une pure théorie que le feld-maréchal offre à l'admiration de ses contemporains. Ces idées ont reçu une consécration pratique dans la grande lutte de

1870. « C'est avec *cette énergie*, ajoute-t-il, et pourtant » avec plus de modération que jamais auparavant, qu'a » été conduite la dernière guerre contre la France. La » campagne était décidée au bout de deux mois. Le carac- » tère d'acharnement a été donné par le gouvernement » révolutionnaire. »

Le professeur Bluntschli, jurisconsulte patenté de la monarchie prussienne, s'empresse de fournir un acquiescement académique à semblable théorie. Il le fait dans une lettre spéciale de 1880 et reconnaît que la foi au droit des gens comme en un régime sacré et nécessaire n'est pas en contradiction avec la *manière énergique* de faire la guerre.

Cependant cette théorie brutale, émise au lendemain de l'œuvre de codification d'Oxford, fut sensible aux juristes ; elle émut « ceux qui sont convaincus que le droit est un rempart pour tous et en particulier pour les faibles contre les forts ».

M. Lucas, à qui ces idées généreuses étaient chères, fit entendre une protestation contre cette glorification de la guerre. Il s'éleva contre l'esprit du militarisme prussien et demande ce qu'il faut penser de la modération prétendue de la guerre de 1870. « Il ne faut pas, dit-il, com- » parer cette guerre à celle de Trente Ans, mais à celle de » Crimée et d'Italie qui sont plus rapprochées. Cette mo- » dération dont se targue le feld-maréchal est démentie » par son infirmation expresse de la Déclaration de Saint- » Pétersbourg. Qu'entend-il d'ailleurs par moyens *positi- » vement condamnables* ? Ne faut-il pas y comprendre la » résurrection de la barbare coutume des otages et l'emploi » incendiaire du pétrole ? Peut-on excuser davantage cette » exigence d'une indemnité formidable qui n'est qu'un » prétexte pour écraser de nouveau, après la conclusion » de la paix, le peuple vaincu et l'empêcher de se relever » de sa chute ? »

Assurément le péril signalé par M. Lucas est grand. Il paraît inquiétant, redoutable que l'homme de guerre se prévale d'un système aussi *énergique* ; qu'il ne reconnaisse aucune limite déterminée, aucun frein à l'arbitraire du commandement. — Tout est permis, sauf ce qui est *positivement condamnable*, et cela sera positivement condamnable, qui... On ne le dit pas d'ailleurs ! Soyons francs. Le système du colonel von Rüstow est une reproduction — à peine exagérée — d'idées que le feld-maréchal atténue dans la forme pour les soumettre à l'appréciation des *bons juristes*. Von Rüstow exprime brutalement sa doctrine sans artifice de langage :

« Le droit d'une nation en guerre est *illimité* comme
» celui du particulier dans l'état de nature. Tout moyen,
» si violent qu'il soit, est donc en principe permis aux
» belligérants. »

Les droits de l'humanité ne sont plus rien auprès du fait de la guerre. Plus de limite à la violence brutale. LA GUERRE SAUVAGE ! Arrière donc toute pratique de modération ! Le droit de la guerre se réduit à cette simple maxime : *Faire à l'ennemi le plus de mal possible, n'importe par quels moyens*. Extirpez, anéantissez, assommez ! Traitez l'ennemi comme des loups et engraissez les champs de leurs cadavres. C'est là la vraie guerre !

Sera-ce *la guerre de demain* ? Peut-être, si nous en croyons l'œuvre palpitante parue sous le pseudonyme du capitaine Danrit. L'auteur y développe cette phrase terrible d'un diplomate étranger que la guerre prochaine sera *la guerre au couteau*. Il nous fait assister par avance à toutes les péripéties de la guerre sans merci qui peut fondre à tout instant sur la patrie. « Il essaye de scruter
» cette lutte sans pitié de deux races rivales, ce duel
» gigantesque où la science de tout un siècle a accumulé
» les engins les plus nouveaux et les plus perfectionnés
» et où cependant la rage humaine fait revivre les scènes

» sanglantes de l'invasion des Huns et creuse encore une
» fois dans notre France, le sillon rouge du fléau de Dieu. »
Cette guerre effrayante ne serait qu'une longue violation
du droit de la guerre ; elle commence *sans déclaration de*
guerre, comme il convient à un peuple qui veut en
anéantir un autre ; elle se continue et s'achève par un
long tissu de perfidies et d'atrocités.

Mais laissons une hypothèse dont la réalisation est
aussi peu rassurante qu'invraisemblable. Si *énergique* que
soit l'action d'un généralissime, si sauvage que soit son
instinct, il est certaines limites qu'il ne peut franchir sans
s'aliéner la conscience publique. Or l'appui de l'*opinion*
publique est une force sérieuse qui réagit au moment
même où tout semble dépendre d'une force matérielle.
« Cette juridiction supérieure, invisible, dit Rolin-Jaeque-
» myns, à laquelle on fait appel, c'est bien la justice éter-
» nelle, la *vera lex, recta ratio naturæ congruens*, dont
» parle Cicéron. Vainqueurs, vaincus, tous ont donc
» intérêt à se régler

Sur ce balancier qui nous gêne
Et qui fait notre sûreté. »

Nul ne le viole impunément. L'histoire enregistre les
sanctions les plus solennelles contre ceux qui méprisent
son verdict. Un exemple éclatant est l'effondrement de la
monarchie colossale fondée par Napoléon I^{er} au mépris de
toutes règles de droit public et de droit des gens. Par le
seul fait de ces abus répétés et systématiques, une puis-
sance inouïe est devenue précaire et s'est effritée sous le
souffle public enlevée par un mouvement d'universelle
réprobation (1).

(1) Il est intéressant de rapporter ici l'appréciation d'Herbert Spen-
cer sur les pratiques internationales et les procédés de guerre de
Napoléon I^{er}. Le philosophe paraît d'ailleurs exagérer singulièrement

De semblables procédés ont donc eu finalement le sort qu'ils méritaient. Il en est généralement de même, chaque fois qu'on se complaît dans la violation systématique des prescriptions élémentaires du droit, de la morale, de l'humanité. Aussi les belligérants ne rejettent-ils franche-

le mépris de l'empereur à l'égard des règles du droit des gens, et rapporter contre lui des faits qui sont loin d'être tous absolument certains : « Du chaos sanglant de la Révolution est sorti un soldat » dont le génie joint à l'absence complète de scrupules, a fait un » général, un consul et enfin un autocrate. Sa fausseté était extrême ; » il mentait chaque jour dans ses dépêches, n'écrivait jamais une » page de bonne foi et donnait même des leçons de mensonges aux » autres. » (LANFREY.) « Il faisait profession d'amitié au moment où il » complotait la trahison et, tout jeune encore, il prit pour guide la fable » du *Loup et de l'Agneau*. Il attirait ses adversaires en son pouvoir » par des promesses de clémence et ensuite il les tuait. Pour frapper » les peuples de terreur, il descendit à des actes de barbarie semblables à ceux commis par ces sanguinaires empereurs de l'anti- » quité que sa carrière nous rappelle ; ainsi en Égypte, pour venger » cinquante de ses soldats, il décapita deux mille fellahs et jeta leurs » corps dans le Nil ; à Jaffa, il fit massacrer de sang-froid deux mille » cinq cents hommes de garnison qui s'étaient rendus. Ses officiers » eux-mêmes, que nous n'avons pas lieu de supposer exagérés dans » leurs scrupules, étaient péniblement affectés de son inhumanité et » refusaient parfois d'exécuter ses décrets sanglants. En vérité, c'est » à peine si les instincts du sauvage étaient tempérés chez cet » homme par ce que nous appelons le sentiment moral. Nous le » voyons à sa proposition de brûler « deux ou trois des bourgs les » plus importants de la Vendée », à son désir d'importer en France » les courses de taureaux et de ressusciter les jeux sanglants du » cirque romain, au sacrifice qu'il fit un jour de ses propres soldats » en ordonnant de sang-froid un combat d'avant-poste inutile, uniquement pour donner à sa maîtresse le spectacle d'un engagement ! Il était fort naturel qu'un tel homme poussât au meurtre » des chefs de ses ennemis et mit leur tête à prix, comme il le fit » pour Mourad-Bey et pour le comte de Frotté. Que pour faire disparaître le duc d'Enghien, il ait commis un crime de la même » nature que celui de l'homme qui loue un spadassin, avec cette » différence qu'il n'en résultait pour lui aucun danger, rien de plus » naturel. Qu'en outre de ses innombrables trahisons et manques » de foi à l'égard des puissances étrangères, un tel homme ait été » traître à son pays en anéantissant les institutions libres nouvellement conquises pour leur substituer son despotisme militaire, » quoi de plus naturel encore ! »

ment la considération de ces principes que dans ces moments suprêmes où l'instinct de conservation prime tous les autres; et encore chercheront-ils à rendre hommage au principe en formulant une excuse à sa violation.

Chacun a donc intérêt dans une certaine mesure à appliquer à son adversaire des procédés humains. Cet intérêt est pour nous la meilleure garantie que dans les luttes de l'avenir ne sauraient prévaloir ces théories implacables qui prêchent le feu, le sang, la dévastation et le carnage. C'est en ce sens que conclut M. Henri Brocher, dans son intéressant travail sur les *Principes naturels du droit de la guerre*. Il développe, au point de vue de la guerre, la théorie qui fait de l'intérêt propre le mobile de toutes les actions. Et il ajoute : « En respectant le droit » de la guerre comme tout autre droit, j'agis à la fois suivant mon intérêt propre et suivant l'opinion d'autrui. » La règle de tout droit, de celui de la guerre comme des autres, se trouve dans la conscience publique et non dans la conscience individuelle, comme on le croit trop souvent; et cependant le motif qui fait respecter le droit se trouve toujours dans l'intérêt individuel. C'est dans mon intérêt que je ménage mon adversaire, parce que je m'attends à en être récompensé, mais je tiendrai ma récompense de la société. »

M. Brocher, dans cet aperçu de morale utilitaire, traite la question en juriste et ne s'inspire que de considérations morales. Un procédé de guerre modéré assure également à celui qui l'applique un grand avantage matériel. L'intérêt, sous ce second point de vue purement pratique, recommande donc aussi l'usage de la modération. En ce sens l'avis d'un militaire, le duc Nicolas de Leuchtemberg, dans une lettre du 19 février 1881 à M. le professeur de Martens sur l'opportunité d'une codification des usages de la guerre. Cette lettre fait le plus grand honneur au

sens pratique, à la haute moralité de son auteur. Elle établit d'une façon probante que les idées du comte de Moltke sur la manière de nuire à l'ennemi, ne sont heureusement pas partagées par toutes les armées. Il réprouve, bien que militaire, cette doctrine que l'intérêt de l'armée — sécurité et victoire — doive primer d'une façon absolue l'intérêt des populations inoffensives. Une armée doit reconnaître des lois basées sur l'humanité et la modération.

Cette reconnaissance n'est pas de la sentimentalité, non! « Les mesures de rigueur, l'arbitraire et les représailles injustes et inutiles que les usages existants » admettent malheureusement encore, ne servent qu'à » exaspérer la population ennemie et provoquent parfois » une recrudescence de crimes. Au contraire, en s'abstenant de ces excès et en montrant le respect de la vie » humaine et de la propriété, on a pu dompter les passions vite et facilement. »

Le duc communique des faits tirés de sa propre expérience. Au cours de la dernière guerre Russo-Turque, il a pu mettre à l'épreuve les principes de discipline, d'humanité et de justice. Les Turcs refusaient cependant d'admettre les mêmes principes. Partout ils s'étaient signalés par des vols, des brigandages, par des mutilations atroces commises sur les blessés. L'armée russe s'abstint toujours de commettre semblables méfaits. L'exemple de sa discipline, quelques soins pour le rétablissement de l'ordre ramènent immédiatement la sécurité de la propriété, le respect de la personne dans le rayon de ses cantonnements. La population envahie en fut certainement reconnaissante.

Pour conclure, le duc déclare se rallier complètement à la rédaction de l'*article 4 d'Oxford*. Il exprime le désir que la Russie puisse être la première nation à donner son

adhésion au *Manuel d'Oxford*. « C'est là, dit-il, le vœu » sincère que je forme pour ma patrie. »

En principe, il reste donc admis que les lois de la guerre ne reconnaissent pas aux belligérants une liberté illimitée quant aux moyens de nuire à l'ennemi. Il est convenu qu'ils doivent s'abstenir notamment de toute rigueur inutile ainsi que de toute action déloyale, injuste ou tyrannique.

Les délégués de Bruxelles et les juristes d'Oxford sont allés plus loin. Ils ont prohibé par clause expresse certaines pratiques qui ont un caractère de déloyauté manifeste (art. 8) ou qui constituent des rigueurs inutiles (art. 9, 32, 33, 34). Et cependant il est à prévoir que, même sur cette base, il y aura des accusations réciproques de violations du droit des gens et finalement bien des déceptions. Ces difficultés sont inhérentes à la nature des choses et il n'est point de codification qui puisse mettre un terme au conflit qui divise les idées de ceux qui commettent des actes de guerre — toujours violents — et de ceux qui les subissent.

Incorporé dans une armée, le soldat est pour ainsi dire poussé de force dans les sentiments et les croyances propres à en assurer la conservation. Il subit fatalement une influence qui fausse l'interprétation des événements de la guerre. Un soldat même éclairé, un officier supérieur jugera, appréciera diversement les faits suivant qu'il s'agira des siens ou de ceux de son adversaire. Bien plus, il violera souvent les dispositions les plus expresses d'un règlement du droit de la guerre, alors qu'en toute sincérité, il croira les avoir tenues fidèlement.

Herbert Spencer s'étend longuement, dans son *Introduction à la science sociale*, sur ces difficultés subjectives, venant des passions. Il insiste sur cette *perversion d'opinion* qui nous fait accueillir par des applaudissements à

peine tempérés de quelques légères marques d'improbation des actions assurément horribles et sans excuses. C'est que le préjugé patriotique fausse étonnamment la conscience collective de la nation et la laisse dans un développement moindre que la conscience individuelle. « Partout, en effet, on tient l'excès d'égoïsme pour un » défaut et nulle part on ne blâme l'excès de patriotisme. Reconnaître ses fautes de conduite et l'insuffisance de ses facultés est un trait de caractère qu'on » loue chez un homme : admettre que nous nous sommes » mal conduits vis-à-vis d'une autre nation, c'est au contraire manquer de patriotisme et mériter le blâme. »

Section IV. — Des rapports avec l'ennemi : conventions, négociations.

(Article 5 d'Oxford.)

a. — *De la nécessité d'être loyal.*

La loyauté prescrite par l'article 4 du *Manuel* s'impose d'une manière toute spéciale dans les conventions militaires. Il importe que les négociations et rapports entre belligérants soient basés sur la confiance, que les observations échangées, que les arrangements intervenus soient exécutés de bonne foi et conformément à l'équité.

De l'application réciproque de cette règle résulte la possibilité de mettre un frein aux passions belliqueuses, de faire prévaloir au cours des hostilités certains adoucissements, certaines mesures d'ordre général, de suspendre la lutte, de préparer la paix. Le respect des conventions conclues pendant la guerre est donc une des bases du droit de la guerre.

De tout temps on a réprouvé la violation de la parole

donnée à l'ennemi : *Etiam hosti fides servanda*, proclamait l'antiquité. Cette sentence est ainsi paraphrasée dans le décret de Gratien et imposée au droit canon : *Fides enim, quando promittitur, etiam hosti servanda est, contra quem bellum geritur, quanto magis amico, pro quo pugnatur ? Pacem habere debet voluntas, bellum necessitas, ut liberet Deus a necessitate et conservet in pace. Non enim pax queritur, ut bellum excitetur, sed bellum geritur ut pax acquiritur.*

Nul plus que « les nobles hommes et féaulx chevaliers des siècles héroïques » n'ont eu l'horreur de la perfidie. « Si la bonne foi est bannie du cœur des autres hommes, elle doit trouver un refuge dans le cœur des rois », disait Jean II, en assurant par la remise de sa personne l'exécution d'une convention violée par son fils. La chevalerie n'a pas eu toujours le respect du droit naturel, ses pratiques ont souvent été cruelles, ses procédés implacables, mais jamais elle n'a manqué aux lois de la loyauté et de l'honneur. La perfidie est le crime féodal par excellence. Dante, dans sa puissante synthèse du moyen âge, disperse dans les quatre girons du neuvième et dernier cercle de l'Enfer tous les genres de trahison. C'est là qu'ils reçoivent l'effroyable châtement de leur mauvaise foi.

Ce même sentiment de l'honneur s'affirme avec puissance dans les armées modernes. « Une chevalerie nouvelle, écrit Portalis, datera du xix^e siècle qui n'aura rien de romanesque et de fantastique ; l'esprit militaire s'est renouvelé... Partout les soldats ont rencontré d'autres soldats. Tour à tour, ennemis, alliés ou neutres, ils se sont appréciés. Une touchante fraternité d'armes s'est quelquefois établie entre ceux qui se sont mesurés. » Tous respectent l'honneur.

Les savants d'Oxford n'ont donc fait que constater une coutume bien assise en exigeant, dans l'article 5, le respect de la confiance témoignée par l'ennemi, la fidèle

exécution des conventions et engagements conclus pendant la guerre.

ART. 5, *Oxford*. — Les conventions militaires faites par les belligérants entre eux pendant la durée de la guerre, telles que les armistices et les capitulations, doivent être scrupuleusement observées et respectées.

L'article 11 (Lieber) généralise. Il prévoit en plus les stipulations contractées en temps de paix avec l'intention de les maintenir pendant la guerre.

ART. 11, *Instructions américaines*. — « Les lois de la » guerre n'interdisent pas seulement les actes de cruauté » et la mauvaise foi dans les engagements contractés avec » l'ennemi durant la guerre ; elles interdisent aussi toute » infraction *aux stipulations solennellement contractées par* » *les belligérants en temps de paix avec l'intention avouée* » *de les maintenir en vigueur dans le cas où la guerre* » *éclaterait entre les puissances contractantes.*

b. — *Conditions essentielles à la validité des conventions militaires.*

Verbale ou écrite, la convention est le fait du consentement des parties contractantes ; elle devient parfaite à l'instant même où s'établit le concours de leurs volontés. Elle est désormais indépendante de tout événement extérieur et doit s'exécuter alors même qu'un changement subit des événements fournirait un prétexte à l'inexécution de l'obligation. Si, par exemple la guerre finissait après la signature d'une capitulation, le vainqueur n'en aurait pas moins le droit de faire exécuter toutes les clauses, comme de prendre possession du matériel, des fonds d'État, etc.

Une convention n'est valable que si elle est intervenue entre commandants munis de pouvoirs suffisants. C'est

aux contractants à juger de leur capacité respective. Un commandant supérieur a en principe le pouvoir de faire tout ce qu'il juge utile à la conduite des opérations militaires, et de disposer du sort immédiat des troupes et des populations placées sous ses ordres. Dans ces limites et régulièrement conclue, la convention lie les gouvernements de qui relèvent les contractants.

En dehors des conventions de cette nature, l'obligation ne peut résulter que d'une ratification postérieure du pouvoir souverain. Il en serait ainsi si le commandant avait voulu disposer de troupes ou de populations qui ne sont pas immédiatement sous ses ordres, s'il avait voulu prévoir une combinaison politique ou traiter d'une cession définitive de territoire.

Le capitulation de Verdun du 8 novembre 1870 stipulait par exemple la remise à l'Allemagne de la place et du matériel « sous la condition expresse de faire retour à la France après la conclusion de la paix ». Le conseil d'enquête a déclaré à ce sujet « qu'il n'appartient pas à un » commandant de place de prévoir les conséquences » d'une guerre et les conditions d'un traité de paix, » qui peuvent annuler les clauses stipulées dans une » capitulation ».

Les négociations peuvent s'établir entre belligérants pour une infinité de causes. Il s'agira le plus souvent de s'entendre pour les passeports et les courriers, de déterminer les relations postales et télégraphiques, de pourvoir à l'ensevelissement des morts. L'on se proposera encore de désigner des parlementaires, de préciser le traitement qui leur sera appliqué, ou bien d'échanger un cartel pour le traitement, l'échange des prisonniers. C'est enfin par la voie des conventions militaires que se consentent les deux grands types désignés spécialement dans l'*article 5 d'Oxford*, des armistices et des capitulations.

I. — SUSPENSION DES HOSTILITÉS.

Les hostilités peuvent cesser en vertu d'une *suspension d'armes* ou par un *armistice*.

Il importe de distinguer la suspension d'armes, de l'armistice. Celle-là est une convention exclusivement militaire; elle a un but spécial, un caractère local et ne dure d'ordinaire que quelques heures. On convient d'une suspension d'armes pour ensevelir des morts, pour procéder à la célébration du service divin, pour permettre des conférences entre les chefs des armées.

L'armistice est une convention d'un caractère à la fois politique et militaire. Il doit avoir une portée plus étendue quant aux troupes et aux lieux. Il nécessite l'intervention suprême de l'État.

Ce principe de la distinction a été accepté par les membres de la Conférence de Bruxelles. — Mais le major-général Horsford fit observer qu'en anglais, il n'y a pas d'expression spéciale pour désigner la *suspension d'armes*. On est obligé de dire un armistice de tant d'heures, de tant de jours. Il demanda donc à ce que la distinction ne perçât pas dans le texte et que l'on voulût bien dire, *armistice général* ou *local*. Il lui fut accordé satisfaction.

ART. 48, *Bruxelles*. — « L'armistice peut être général ou » *local*. Le premier suspend partout les opérations de » guerre des États belligérants; le second seulement » entre certaines fractions des armées belligérantes et » dans un rayon déterminé. »

Quoi qu'il en soit, la suspension d'armes et l'armistice suivent des règles communes, et ne se différencient que sous le rapport de l'autorité habile à les conclure.

L'armistice lie les contractants aussitôt qu'il est conclu ; mais il n'oblige les combattants que lorsqu'il est connu d'eux. On ne devrait donc pas considérer comme violation de l'armistice, le fait que certains corps isolés ont continué de bonne foi la lutte, si les commandants ont fait leur possible pour annoncer la conclusion de l'armistice et faire cesser les hostilités.

ART. 49, *Bruxelles*. — « L'armistice doit être officielle-
» ment et sans retard notifié aux autorités compétentes
» et aux troupes. Les hostilités sont suspendues immédia-
» tement après la notification. »

Il importe de régler avec grand soin tout ce qui est relatif au commencement et à la durée de l'armistice.

L'armistice peut être conclu pour une durée déterminée : un certain nombre de semaines, de mois, ou jusqu'à telle date précise. En ce cas, à l'expiration du délai, les hostilités peuvent être reprises sans dénonciation préalable.

Il peut être conclu aussi pour une durée indéterminée. Et alors il doit prendre fin après la dénonciation qui en sera faite par l'un des contractants. La bonne foi exige d'ailleurs qu'il s'écoule un certain temps entre la dénonciation et la reprise des hostilités.

ART. 47, *Bruxelles*. — « L'armistice suspend les opé-
» rations de guerre par un accord mutuel des parties bel-
» ligérantes. Si la durée n'en est pas déterminée, les
» parties belligérantes peuvent reprendre en tout temps
» les opérations pourvu toutefois que l'ennemi soit averti
» en temps convenu, conformément aux conditions de
» l'armistice. »

Le *Manuel de droit international à l'usage des officiers français* fournit une solution très pratique. Il s'exprime ainsi : « En ce qui concerne la durée, on se borne sou-
» vent à déclarer que l'armistice prendra fin *un certain*

» nombre de jours ou d'heures après la dénonciation qui
» en sera faite par l'un ou l'autre des contractants : une
» pareille condition devra être religieusement observée. »

L'armistice pourrait encore prendre fin si l'une des parties n'en respectait par les conditions expresses ou tacites. C'est un véritable contrat synallagmatique ; l'inexécution de l'obligation de l'un résout la convention. Quand l'armistice est violé, la partie qui se plaint du fait de son adversaire, devrait néanmoins laisser un délai suffisant entre la dénonciation et la reprise des hostilités. Car il peut y avoir doute sur le point de savoir si telle ou telle mesure constitue une violation de l'armistice. Il y a là une question de bonne foi.

ART. 51, *Bruxelles*. — « La violation de l'armistice
» par l'une des parties, donne à l'autre le droit de le dé-
» noncer. »

Nous voyons au protocole n° XVIII de la Conférence de Bruxelles que Carathéodore-Effendi demande l'établissement d'une pénalité contre l'auteur de la violation d'un armistice. Cette violation, dit-il, est un acte hautement condamnable ; il y a nécessité de défendre, par une clause spéciale, une telle infraction et aussi de déterminer comme garantie, la responsabilité qu'encourt le chef d'une armée qui s'en rendrait coupable. — Baude et Voigt-Rhets lui objectent que ce cas est prévu dans tous les codes militaires. Le coupable est responsable envers son gouvernement qui le punira.

En présence d'une attaque de vive force tentée au mépris de la convention, l'adversaire pourrait, l'agression repoussée, reprendre l'offensive sans formalité préalable. C'est évident par application du principe fondamental de légitime défense.

Il n'y aurait pas un motif suffisant pour dénoncer la convention, si la rupture de l'armistice était le fait de particuliers, agissant de leur propre mouvement en dehors des autorités militaires. Cette violation donnerait le seul droit de demander la punition des coupables et la réparation du dommage. Les hostilités ne pourraient être reprises que si l'adversaire opposait un refus non justifié de satisfaire à ses justes réclamations.

ART. 52, *Bruxelles*. — « La violation des clauses de l'armistice par les particuliers, agissant de leur propre initiative, donne droit seulement à réclamer la punition des coupables et, s'il y a lieu, une indemnité pour les pertes éprouvées. »

Les effets de l'armistice sont essentiellement négatifs ; ils suspendent la guerre et s'opposent à tout acte d'agression.

Dans quelle limite, les belligérants doivent-ils en outre s'abstenir de toutes mesures défensives ? La matière est controversée.

Suivant les uns, on devrait s'abstenir de tout acte que l'adversaire aurait intérêt à empêcher et qu'il empêcherait probablement si la lutte n'était pas suspendue. Telle est la réparation des brèches d'une place assiégée, l'occupation ou la fortification d'une position qui menace l'adversaire, en un mot tout acte dont l'issue de batailles futures pourrait dépendre. Dans ce système, on pourrait au contraire lever des troupes, les concentrer, préparer des armements loin du théâtre des hostilités. De même le ravitaillement d'une place assiégée devrait être autorisé proportionnellement à la durée de l'armistice.

Cette théorie n'a pas prévalu dans les dernières guerres. Elle a l'inconvénient de n'être pas pratique, de prêter aux abus et aux réclamations.

Autre théorie. — A défaut de stipulations contraires, chacun des belligérants conserve le droit de faire en

deçà des lignes toute opération de nature à préparer la reprise des hostilités. Ne seraient donc interdits que les actes qui auraient strictement été stipulés devoir l'être.

On constitue généralement une zone neutre entre les armées ennemies. En 1871, la zone neutre était de dix kilomètres. De même sous Paris, le terrain entre les forts et la place de Paris fut interdit aux deux armées.

C'est qu'il importe d'éviter les occasions de rencontre pendant l'armistice; l'animosité est grande entre les troupes et le moindre choc pourrait être gros de conséquences.

L'armistice, de sa nature, n'est pas une paix, une paix temporaire. La guerre continue bel et bien. Les conséquences s'en font sentir tant au point de vue du droit international qu'au point de vue du droit interne. Les droits exercés par les armées d'occupation persistent; elles continuent à réquisitionner, à lever des contributions.

De même subsiste cette règle fondamentale dans l'état de guerre, que tous rapports entre les contrées occupées par les armées ennemies, sont en règle général interdits.

Il ne serait fait exception que sur l'autorisation des chefs militaires. Ils sont seuls juges de l'octroi de sauf-conduits militaires pour les personnes, et de licences pour les marchandises. — Si donc les contractants ont négligé de s'étendre au sujet des rapports de la population, ils seront presque toujours défendus, comme au plus fort des hostilités.

ART. 50, *Bruxelles*. — « Il dépend des parties contractantes de fixer dans les clauses de l'armistice les rapports qui pourront avoir lieu entre les populations(1). »

(1) L'armistice de Versailles fut, dans la conclusion comme dans l'exécution, la violation manifeste par les Allemands de la règle essentielle de la bonne foi.

La convention fut signée le 28 janvier 1871. Elle s'appliquait immé-

II. — DES CAPITULATIONS.

ART. 40, *Bruxelles*. — « Les conditions des capitulations » sont débattues entre les parties contractantes.

» Elles ne doivent pas être contraires à l'honneur militaire. Une fois fixées par une convention, elles doivent » être scrupuleusement observées par les deux parties. »

Une capitulation est une convention militaire par laquelle un chef de corps ou le commandant d'une place règle les conditions de la reddition.

diatement à Paris, et dans les départements, seulement sous trois jours, le 31 janvier.

Le tort de notre négociateur Jules Favre était, dit Henri Martin, de confondre le gouvernement militaire de Paris et le gouvernement de la France. C'était une faute. Les Allemands en abusèrent cruellement. La capitulation de Paris pouvait devenir la capitulation de la France; ils mirent tout en œuvre pour y parvenir, tout et surtout la mauvaise foi.

On abusa tout d'abord de l'ignorance de notre négociateur sur la situation des armées en province. On lui fit reconnaître et accepter de fausses lignes de démarcation qu'on lui certifiait véritables. L'ennemi se fit céder ainsi des positions importantes qu'il ne tenait pas, en Normandie, en Picardie, et surtout au midi de la Loire. — De même, dans l'ignorance de ce qui se passait à l'Est, Jules Favre, pour sauver Belfort, avait exigé que les hostilités continuassent devant Belfort, dans le Doubs, le Jura et la Côte-d'Or.

Les Allemands ont fait pis encore. Dans la confusion du moment, Jules Favre, par dépêche au gouvernement de Bordeaux, annonce une suspension d'armes de vingt et un jours; mais il ne mentionne ni les trois jours de délai pour l'application de l'armistice aux départements, ni l'exception relative à Belfort et à l'armée de l'Est. L'oubli fut fatal et perfidement exploité dans l'Est. Le général Clinchant, sur l'avis de l'armistice général, avait suspendu la retraite de ses troupes. Il ignorait que son armée eût été exceptée de l'armistice. Les Allemands, écrit Henri Martin, continuèrent d'avancer autour de lui et achevèrent de lui couper la retraite. — Des détachements de notre armée qui ne s'attendaient pas à combattre, furent attaqués et enlevés presque sans résistance. — Clinchant demanda une suspension d'armes à Mauteuffel jusqu'à ce qu'on eût expliqué ce qu'il prenait pour un malentendu. *Manteuffel refusa*. Clinchant fut enfin éclairci, le 31 par un second télégramme, mais... il n'était plus temps.

La bonne foi doit présider à la négociation et à l'exécution d'un pareil arrangement. « Celui », disait Voigt-Rhets, à Bruxelles, « qui s'écarterait déloyalement de la » convention qu'il a signée ne devrait plus être considéré » comme belligérant. La plus grande loyauté est de » règle. » Ainsi, il ne serait pas permis d'abuser de l'intervalle compris entre la signature et l'exécution de la capitulation pour détruire les fortifications, briser les armes, noyer les poudres. On peut, au contraire, avant la capitulation, détruire tout ce qui est susceptible de servir à l'ennemi.

A Sedan, notre malheureuse armée eut le temps de brûler ses drapeaux et de détruire presque toutes ses armes, avant que le général de Wimpfen fût retourné porter sa signature au quartier général prussien. Il n'y a donc pas eu violation.

A Metz, au contraire, la capitulation stipulait comme conditions expresses : « Metz livrée, l'armée prisonnière » de guerre avec armes, drapeaux, bagage et matériel » (27 octobre).

Bazaine, dans un ordre du jour spécial où il compare la reddition de Metz avec « les glorieuses capitulations de » Masséna à Gênes et de Kléber à Mayence », engage l'armée à éviter « les actes d'indiscipline comme la destruction d'armes et de matériel, puisque, d'après les usages » militaires, places et armements doivent faire retour à la » France, lorsque la paix est signée ».

« Et les troupes », nous dit Henri Martin, « allèrent déposer leurs armes dans les forts et dans les magasins de » la ville.

» Livrer les armes était bien cruel ; mais livrer le drapeau, le symbole de la patrie et de l'honneur, la religion « du soldat ! Bazaine comprit qu'un ordre ouvertement » donné ne serait pas obéi ; il usa des plus bas subterfuges. » Il prescrivit de réunir les drapeaux de tous les corps à

» l'arsenal, en annonçant qu'ils y seraient brûlés ; puis il
» prescrivit au directeur de l'arsenal de les conserver.
» Dans le plus grand nombre des corps, on réunit les dra-
» peaux avec la croyance qu'ils seraient détruits. D'autres
» virent plus clair... »

Le général *Lapasset* écrivit à son chef de corps : « Ma
» brigade ne rend ses drapeaux à personne ; elle ne se
» repose sur personne de la triste mission de les brûler ».

Le général *Jeanningros* disait également : « Les drapeaux
» de nos deux régiments ont été déchirés par mon ordre...
» et les morceaux distribués aux deux régiments ; les
» drapeaux de ma brigade n'iront pas à Berlin ».

Bref 53 drapeaux furent livrés et 31 sauvés.

Il y a donc eu violation partielle de la capitulation de Metz.

La capitulation de *Belfort* reconnaissait des conditions très favorables à la garnison.

ART. 1^{er}. — « La garnison de Belfort quittera la place
» avec les honneurs de la guerre et conservera ses armes,
» ses bagages et le matériel de guerre appartenant à la
» troupe, ainsi que les archives militaires... Le matériel
» appartenant à la place sera *seul* remis. »

Le comte Lanza demandait à Bruxelles s'il n'y avait pas intérêt à déterminer qui a qualité pour faire les capitulations. Voigt-Rhets répondit avec beaucoup de raison que « cela dépendait des circonstances ».

On ne peut pas plus préciser qui aura pouvoir de consentir une capitulation, que déterminer les conditions que l'on peut être obligé d'accepter. Cependant le colonel fédéral Hammer proposa d'exiger que les conditions de la capitulation fussent circonscrites « aux personnes en cause et aux lieux occupés au moment où l'arrangement intervient ». La règle fut acceptée en principe. Cependant, on

fit observer qu'il n'était pas possible de tracer cette limitation comme règle absolue.

Ces deux points de savoir qui peut faire une capitulation, quelles conditions on peut y souscrire, se rattachent d'ailleurs à la question de la ratification des capitulations.

On doit admettre que les capitulations lient non seulement ceux qui les ont signés, mais aussi les gouvernements de qui relèvent les signataires. Il faut qu'un commandant ait consenti des clauses sortant de ses pouvoirs, pour que la ratification du général en chef ou du gouvernement central devienne nécessaire (1).

Une capitulation contient des dispositions sur l'évacuation, le désarmement de la place et de ses défenseurs; elle fixe le sort de la garnison, officiers et soldats, stipule la remise des armes et du matériel, et contient quelquefois une clause spéciale sur la propriété privée des prisonniers.

(1) La capitulation de Closterseven, du 8 septembre 1757, nous fournit l'exemple d'un abus de pouvoir des commandants, d'une exécution inepte de la convention et finalement de sa violation par l'adversaire.

La convention stipulait la cessation des hostilités entre les Français et les Hanovriens, le renvoi des auxiliaires hessois, brunswickois... dans leurs pays respectifs et la retraite des Hanovriens par delà l'Elbe, dans le duché de Lauenbourg, la garnison de Stade exceptée.

Ni Richelieu ni Cumberland n'étaient autorisés à signer une pareille convention. On fit difficulté de la ratifier tant en France qu'en Angleterre. Cependant Louis XV s'y décida, malgré les protestations de l'Autriche et de la Suède. (DARESTE.)

Richelieu n'avait pas su s'assurer la seule garantie sérieuse des engagements contractés par ses adversaires « la séparation immédiate et le désarmement des troupes capitulées ». Le cabinet français tenta en vain de réparer l'ineptie de son général et de faire compléter la convention.

Après la déroute de Rosbach, enhardi par notre défaite, le roi d'Angleterre jette le masque, et, sur l'initiative de Pitt, rompt ce pacte humiliant, annule la capitulation.

Les capitulations conclues en 1870, l'ont été en général sur le modèle de la capitulation de Sedan (2 sept. 1870) :

1° On stipule d'abord la remise de la forteresse et du matériel;

2° Déclare l'armée vaincue prisonnière de guerre;

3° On consent à laisser la liberté à tous les officiers qui engageront par écrit leur parole d'honneur de ne plus porter les armes contre l'Allemagne et de n'agir en rien contre ses intérêts (Ceux qui souscriront à cette condition, conserveront leurs armes, chevaux, effets);

4° Remise de tout le matériel de guerre et de place;

5° Les médecins militaires sans exception restent pour soigner les blessés.

La capitulation de Metz (27 octobre 1870) permettait aux soldats, après la remise de leurs armes, de conserver leurs havresacs, effets personnels et objets de campement, et aux officiers qui préféreraient la captivité à l'engagement d'honneur de ne pas prendre part à la lutte, d'emporter leur épée et ce qui leur appartenait en propre (Rem. 699, Bluntschli).

TROISIÈME PARTIE

APPLICATION DES PRINCIPES GÉNÉRAUX

CHAPITRE I

DES HOSTILITÉS

Section I. — Règles de conduite à l'égard des personnes.

A. — *Des populations inoffensives.*

ART. 7, *Oxford*. — La lutte n'ayant lieu qu'entre « forces armées » (art. 1). Il est interdit de maltraiter les populations inoffensives.

Nul ne conteste cette interdiction. Elle s'impose et se déduit logiquement de cette considération que la guerre ne se fait pas contre les particuliers, mais contre les forces organisées de l'État qui les représente. En principe, on doit donc reconnaître que les forces armées, éléments de la lutte, doivent s'abstenir de maltraiter les populations.

Cependant l'expérience enseigne que les masses armées ne peuvent guère se mouvoir et agir sans peser lourdement sur les populations envahies. Les nécessités mili-

taires imposent donc de graves restrictions au double principe du respect des personnes et de l'inviolabilité de leur patrimoine.

Les délégués de Bruxelles et aussi les savants d'Oxford ont voulu tenir compte de ces nécessités et limiter les conséquences pénibles de cette dérogation aux principes. Ils ont précisé en quelle mesure et sous quel mode la propriété privée pourrait être grevée du fait des hostilités (art. 50-60). Ils ont reconnu à l'envahisseur le droit de requérir certains services personnels (art. 46-49). Ils ont condamné par leur silence certaines pratiques contre lesquelles s'élève la conscience universelle, *la pratique des otages*, par exemple. La coutume de guerre semblait avoir renoncé à l'usage injuste et cruel des otages. En théorie on tenait encore pour légitime dans le droit des gens la pratique de l'*androlepsie* (1), mais dans l'application on renonçait à ce procédé aussi violent que peu efficace. L'article 54 (*Instructions des États-Unis*) constate « la rareté des otages à l'époque actuelle ».

Cependant la guerre Franco-Allemande vient de faire revivre ce procédé détestable.

« La coutume barbare des otages avait disparu devant
» la réprobation universelle et il n'était plus question
» d'otages que chez quelques peuples sauvages de l'Amérique et de l'Océanie, lorsqu'on vit pendant la guerre
» Franco-Allemande, les autorités prussiennes remettre
» en vigueur et pratiquer avec une excessive dureté une
» mesure qui révoltait les consciences (2). »

Les Allemands ont pris des otages pour les choses les plus différentes : levées d'impôts, représailles, protection de convois. C'est par ce moyen qu'ils forçaient au paiement des réquisitions et des indemnités de guerre; qu'ils punissaient les villes qui se défendaient contre leurs armées.

(1) Pinheiro Ferreira.

(2) Général Ambert, *Récits militaires*, t. 1^{er}, p. 403.

La proclamation du colonel Pløetz, à Châtillon-sur-Seine, décidant la levée d'otages, indique à quels traitements ils seront exposés : « En cas de soulèvement, je » ferai fusiller les otages pour punir le crime de leurs » concitoyens selon les droits de la guerre. »

C'est en vain que le gouvernement français protesta contre de semblables mesures. Sa plainte ne fut pas entendue. M. de Chaudordy s'adressa à lord Granville et le pria d'intervenir auprès du gouvernement allemand. Il ne semble pas que les autorités allemandes aient tenu compte de cette intervention. Le système des otages continua à s'appliquer jusqu'à la fin des hostilités. Les fonctionnaires français furent envoyés en Allemagne sous les prétextes les plus fertiles.

C'est ainsi que les 2 et 3 décembre 1870, quarante notables de Dijon, de Gray et de Vesoul sont emmenés à Brème à titre de représailles pour la capture et l'internement à Clermont de quarante capitaines de la marine marchande prussienne. Le baron Thénard était au nombre des otages.

Le système le plus barbare inauguré par les Allemands fut de pratiquer des levées d'otages pour protéger les convois. En ce sens des proclamations de Wissembourg et de Reims (21 octobre), tendant à faire monter les habitants notables de la contrée sur toutes les locomotives se dirigeant vers l'intérieur du pays.

« Cette mesure est rendue nécessaire par suite des » fréquentes destructions de lignes de chemin de fer et est » portée à la connaissance de tous les habitants, afin » que *ceux-ci apprennent que leurs propres citoyens* seront » victimes des dégâts commis sur les chemins de fer. »

Rolin-Jaequemyns écrit avec raison, dans la *Revue de droit international* (1) : que ces habitants notables, ainsi

(1) *Revue de droit internat.*, Guerre de 1870, année 1871.

employés comme instruments préventifs n'étaient pas des otages.

« En principe, dit-il, la liberté seule des otages est » engagée. Or là, c'est leur vie que l'on expose. Puis » l'emploi des otages est abandonné. »

Par contre Bluntschli constate que l'emploi des otages n'est pas abandonné. L'article 600 de sa *Codification* reconnaît l'otage conventionnel et l'otage pris par l'ennemi.

Il ne pense même pas que cette pratique doive être abandonnée. Il accepte comme légitime l'imposition d'otages en cas de guerre.

« Il arrive que l'on donne des otages pendant la guerre » afin d'assurer les prestations convenues (contribution » de guerre, reddition de place).

» Parfois on les prend comme garantie de la tranquillité » d'une ville ou d'une portion de territoire que l'on » occupe. Dans ce cas on s'attache surtout à s'emparer » des personnes considérées qui, seule sont à même et » par leur influence sur la population et par les égards » que celle-ci a pour leur personnes de fournir une véri- » table garantie personnelle. Il n'y a pas de différence » essentielle dans la manière de traiter ces otages et les » otages de paix (1). »

Bluntschli s'élève cependant contre les excès allemands en 1870. Il condamne officiellement le procédé employé pour assurer les transports par chemin de fer. « Ce mode » de procéder est d'autant plus critiquable qu'il com- » promet la vie de citoyens paisibles, sans qu'il y ait faute » de leur part et, de plus, sans procurer un sérieux » accroissement de sûreté. Les fanatiques qui enlevaient » les rails ou cherchaient à empêcher la circulation sur

(1) *Das moderne Völkerrecht*, p. 600, note, in *Revue de droit intern.*, 1871, p. 338.

» les voies ferrées tenaient peu de compte de la vie des notables qui étaient parfois pour eux un objet de haine. »

On peut reprocher aux Allemands d'avoir d'ailleurs fort mal traité les otages. Ils ont parfois refusé de pourvoir aux frais de leur existence. Généralement ils ont affecté de ne pas les traiter conformément à leur rang. Au moins auraient-ils dû les traiter comme des prisonniers de guerre.

B. — *Des moyens de nuire à l'ennemi.*

(Articles 8 et 9.)

Des principes généraux inspirant la rédaction de l'article 4 d'Oxford, il résulte que le seul mal légitime est celui qui est nécessaire. Même dans cette limite, il est certains moyens que l'humanité, le consentement commun des nations réprouvent absolument. Tous les moyens de destruction sont donc loin d'être légitimes, et surtout ils ne le sont pas en toutes circonstances.

Les délégués de Bruxelles et après eux les juristes d'Oxford sont allés plus loin. Ils ont traité certaines espèces qu'il était facile de prévoir, déterminé certains actes précis que l'on doit reprouver comme manifestement condamnables. Ils n'ont pas eu d'ailleurs la prétention de parcourir toutes les hypothèses qui peuvent surgir au cours des hostilités. Leur énumération n'a rien de limitatif. Pour l'appréciation d'espèces nouvelles, on doit se pénétrer de cette double considération qu'il importe de rejeter tous les moyens qui constituent des cruautés inutiles et aussi tous les moyens déloyaux ressemblant à des trahisons.

DE LA PERFIDIE.

La réprobation de la *perfidie* passe à juste titre pour « le premier pôle du droit de la guerre (1) ». Elle main-

(1) Henri Brocher.

tient la confiance entre belligérants sur certains points. Abuser de cette confiance, c'est commettre une perfidie, le plus grave des crimes aux yeux de tous les peuples et de tous les âges.

La perfidie se constitue par la violation directe ou indirecte de la parole donnée ; pour qu'il y ait perfidie, il faut en général un engagement, une parole donnée et non retirée. C'est donc une dissimulation de mauvais aloi et comme telle on la réprouve.

La dissimulation — non perfide — est d'ailleurs parfaitement légitime. Les surprises les stratagèmes, en un mot la ruse est permise, à condition de ne pas renfermer de perfidies. Elle est d'une application courante pour annihiler ou compenser la supériorité de l'ennemi. C'est ainsi qu'on peut simuler une fuite pour attirer l'ennemi dans une embuscade ; que des soldats peuvent se dissimuler dans une voiture de foin pour entrer dans une place forte ; que l'on peut surprendre et égorger même une sentinelle. De même, comme le signale Bluntschli, on peut tromper l'ennemi sur la force et les mouvements d'un corps d'armée, en allumant un grand nombre de feux de bivouac, etc... On pourrait également attirer l'ennemi en se servant de ses signaux, en faisant retentir ses sonneries.

« A la guerre, » écrivait Frédéric II dans ses *Institutions militaires*, « on prend alternativement la peau du lion et la peau du renard ; la ruse réussit où la force échouerait. Il est donc absolument nécessaire de se servir de toutes les deux : c'est une corde de plus que l'on a à son arc et, comme souvent la force résiste à la force, souvent aussi la force succombe sous la ruse ».

En ce sens la Déclaration de Bruxelles de 1874 :

ART. 14, *Bruxelles*. — « Les ruses de guerre et l'emploi des moyens nécessaires pour se procurer des renseigne-

» ments sur l'ennemi et sur le terrain sauf les dispositions
» de l'article 36, sont considérés comme licites (1). »

DES PROCÉDÉS INTERDITS.

I. — *Du poison.*

ART. 8, *Oxford*. — La lutte devant être loyale (art. 4),

Il est interdit :

a) De faire usage du poison sous quelque forme que ce soit (2).

Le *poison* est essentiellement perfide. Les lois de Manou en réprouvaient déjà l'usage. Pyrrhus également considérait son emploi comme pratique illicite de la guerre. C'est un crime que de faire parvenir à des adversaires affamés des vivres empoisonnés. C'est un procédé de sauvagerie. Il fut employé, il y a quelques années, par les Touaregs; ils vendirent des dattes empoisonnées à un lieutenant français, hardi explorateur, qui entreprenait de se rendre de Ouargla à Tombouctou par la voie du désert.

Il est interdit d'empoisonner les fontaines, sources, cours d'eau. Au contraire, l'usage de la guerre permet de dessécher les fontaines, d'en rendre l'eau impotable par la chaux. Il y a là un ennemi déclaré, ce n'est plus une perfidie. — Le poison peut donc être autorisé lorsque son emploi est déclaré. On a le droit d'enlever à l'ennemi

(1) *Sic*, Bluntschli, art. 565. — Silence d'Oxford.

(2) ART. 13, *Bruxelles*. — D'après ce principe sont notamment interdits :

a) L'emploi du poison ou d'armes empoisonnées...

ART. 16, *Lieber*. — Elles ne permettent, dans aucun cas, de faire usage du poison.

ART. 537, *Bluntschli*. — L'emploi d'armes empoisonnées et de matières empoisonnées, ou capables de développer dans le pays ennemi des maladies contagieuses, constitue une violation du droit international.

ses ressources par tous les moyens possibles. L'empoisonnement d'une fontaine indiqué par une pancarte ne constituerait donc pas un fait absolument condamnable. De même, si l'on gâte les vivres de l'ennemi.

L'on prohibe l'usage de toutes armes empoisonnées. Seuls les sauvages peuvent utiliser semblables moyens. Il faut également repousser les projectiles asphyxiants et considérer comme infâme le fait de répandre dans le pays certaines matières susceptibles d'engendrer des maladies contagieuses. Ce moyen de nuire est absolument interdit.

Heffter comprend dans la même catégorie que les armes empoisonnées l'emploi de *troupiers sauvages*, qui ne re-
» connaissent pas les lois de l'honneur militaire et de
» l'humanité. »

Rolin-Jaequemyns, dans une étude de la guerre de 1870, proteste contre l'emploi par la France de troupes africaines. Il prétend que les turcos avaient déjà soulevé un universel dégoût par leur allure et conduite pendant la guerre de 1859. « La France, dit-il, manque envers
» l'Europe par cette arme illégale et envers l'Arabie à
» qui elle emprunte la barbarie sans donner la civilisa-
» tion. »

Bluntschli en proscriit l'usage dans son article 559 :

ART. 559, *Bluntschli*. — « Le droit international inter-
» dit aux nations civilisées d'enrôler dans leurs armées
» des sauvages auxquels les lois de la guerre sont incon-
» nues ou d'employer comme auxiliaires des troupes qui
» ne connaissent ni ne respectent le droit et les mœurs des
» peuples civilisés. »

Cependant il est à prévoir que les troupes africaines joueront un grand rôle dans les guerres de l'avenir. L'action de la France, de plus en plus prépondérante dans

l'Afrique du Nord, nous y assure un empire incontesté sur près de dix millions de musulmans.

Leur incorporation militaire est un fait accompli. Partout, en Crimée, en Italie, au Mexique, nous avons trouvé en eux des soldats dévoués et fidèles au drapeau français. Enrégimentés, ils sont inébranlables et susceptibles d'être entraînés contre leurs coreligionnaires eux-mêmes. Nous trouverions dans leur concours un facteur précieux au jour d'une action possible sur le Rhin ou en Italie.

Le devoir de l'autorité militaire est donc de leur inculquer le respect des lois de la guerre; d'obtenir que, sous l'action des cadres civilisés, ils renoncent à tout usage barbare, à toute pratique sanglante. Dans cette limite — indiquée par Wheaton — l'enrôlement de peuples sauvages demeure irréprochable.

II. — *De l'assassinat.*

ART. 8, *Oxford*. — D'attenter traîtreusement à la vie d'un ennemi par exemple en soudoyant des assassins ou en feignant de se rendre.

En ce sens Lieber et Déclaration de Bruxelles, de même Bluntschli (art. 561, 562) (1).

(1) ART. 13, *Bruxelles*. — *b*). Le meurtre par trahison d'individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie.

ART. 149, *Lieber*. — Les lois de la guerre ne permettent pas de proclamer qu'un individu faisant partie de l'armée belligérante, ni un particulier, ni un citoyen de cet État ennemi est mis hors la loi et peut être tué sans jugement par le premier individu qui s'en empare, pas plus que les lois modernes ne permettent en temps de paix, cette sorte de mise hors la loi internationale. Elles réprouvent au contraire ce mode de procéder.

Les plus sévères représailles suivraient un meurtre commis en vertu d'une proclamation de ce genre, de quelque autorité qu'elle puisse émaner. Les nations civilisées voient avec horreur les récompenses offertes en vue de pousser à l'assassinat d'un ennemi et les condamnent comme un retour vers la barbarie.

L'*assassinat* est donc aussi généralement condamné que l'emploi du poison. Cette prohibition est absolue. Elle s'applique au cas même où l'adversaire emploierait les procédés les plus atroces. Nous ne devons pas lutter de perfidie et de barbarie avec les étrangers. Napoléon I^{er} n'était donc pas excusable en mettant à prix la tête de Mourad-Bey. Le Parlement anglais a protesté en apprenant que l'amiral Hewett procédait de même à l'égard d'Osman Digma. Un homme n'est jamais sans droit. On ne peut donc déclarer qu'il a perdu tout caractère humain et autoriser le premier venu à le traquer comme une bête fauve.

Louis XIV admettait cette fausse notion du droit de la guerre, qui permet tout ce qui nuit à l'ennemi. Il pensait avoir le droit d'ordonner l'extermination, de pratiquer la dévastation. Mais il se serait cru deshonoré s'il avait employé le poignard ou le poison contre un seul homme, contre un général dont la mort eût pu cependant *nuire à l'ennemi* bien plus encore que ces grandes exterminations. C'est ainsi qu'un certain *Lausel* s'étant offert à tuer le prince d'Orange, le roi, « détestant de pareils desseins, le fit arrêter et mettre dans une prison » (1).

Bluntschli fait observer d'ailleurs (art. 563), que le droit international n'interdit pas de profiter des avantages qui pourraient résulter des crimes commis par les tiers, en dehors de toute action ou provocation du belligérant. Si donc l'armée ennemie se décourage à la suite de l'assassinat de son chef, il y a là un événement heureux dont on a le droit de profiter.

Les juristes d'Oxford assimilent à l'assassinat le fait par lequel on feint de se rendre pour décider l'ennemi à

(1) *Lettres militaires*, t. V, p. 294.

s'approcher et abuser ensuite trahittement de leur bonne foi. Tel est le cas de soldats qui lèvent la crosse en l'air ou hissent le drapeau blanc et qui tirent ensuite sur l'ennemi à bout portant.

De même le cas prévu au paragraphe suivant de l'*article 8 d'Oxford*. Il y a là une violation des lois de la guerre de même nature.

ART. 8, *Oxford*. — c) D'attaquer l'ennemi en dissimulant les signes distinctifs de la force armée.

III. — *Du port des insignes.*

ART. 8, *Oxford* (1). — a) D'user indûment du pavillon national, des insignes militaires ou de l'uniforme de l'ennemi, du pavillon parlementaire, ainsi que des signes tutélaires prescrits par la Convention de Genève (art. 17 et 40 ci-après).

Ce serait donc violer cet article que d'abuser de la Convention de Genève, de mettre son drapeau sur une caserne, une croix sur son convoi.

La pratique est indécise en ce qui concerne le fait de se servir des uniformes et des insignes de l'ennemi pour l'attirer dans un piège.

Pour les uns, la prohibition est absolue. Les insignes ont un caractère sacré; ils constituent une espèce de langage, s'en revêtir indûment constitue une fausse déclaration, une perfidie.

D'autres, au contraire, accordent sans doute que le procédé ne soit pas la loyauté même, mais refusent d'y voir un manquement à une parole donnée expressément ou tacitement. Ils admettent qu'on puisse se servir du vête-

(1) ART. 13, *Bruxelles*. — L'abus du pavillon parlementaire, du pavillon national ou des insignes militaires et de l'uniforme de l'ennemi, ainsi que des signes distinctifs de la Convention de Genève.

ment ou des insignes de l'ennemi, pourvu que la dissimulation cesse au moment du combat. — En fait, la nécessité s'impose souvent au cours des hostilités et sans perfidie aucune d'habiller ses soldats dans les vêtements de l'ennemi.

Le droit maritime règle par un cérémonial spécial l'emploi de ce stratagème. Un navire peut lever un pavillon faux, à condition de hisser le vrai quand le combat s'engage. Il n'y aurait perfidie que si l'on affirmait la sincérité du pavillon par *un coup de canon*, qui équivalait à la parole du commandant.

CRUAUTÉS.

ART. 9, *Oxford* (1). — Comme on doit s'abstenir de rigueurs inutiles (art. 4).

Il est interdit :

a) D'employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des souffrances superflues ou à aggraver les blessures, notamment des projectiles d'un poids inférieur à quatre cents grammes, explosibles ou chargés de matières fulminantes ou inflammables (Déclaration de Saint-Pétersbourg).

Ces restrictions, nous l'avons vu lors de l'examen de la Déclaration de Pétersbourg (2), dérivent de cette idée que la guerre régulière a un caractère essentiellement passager. Les nations civilisées ne songent pas à s'exterminer ; elles cherchent dans leurs guerres à s'affaiblir momentanément. On a donc renoncé à l'usage des armes qui causent des douleurs inutiles. Aussi les combattants doivent-ils s'abstenir d'user comme projectile de verre

(1) ART. 13, *Bruxelles*. — c) L'emploi d'armes, de projectiles ou de matières propres à causer des maux superflus, ainsi que l'usage des projectiles prohibés par la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868.

(2) Étude de l'article 4 d'*Oxford*.

pilé, de petit plomb, de flèches barbelées, de balles mâchées, de boulets contenant du verre et de la chaux, en général de tout engin qui, sans exercer une influence directe sur l'issue de la lutte a seulement pour effet de produire des blessures plus douloureuses.

La *balle explosible* est un engin particulièrement meurtrier. Éclatant au milieu des muscles, détruisant les tissus, elle projette dans la partie du corps qu'elle atteint des morceaux de métal qui sont autant de projectiles. Elle tue sans rémission, inflige d'horribles tortures et rend inutiles les soins du médecin.

Pour remédier à cet excès, la *Déclaration de Saint-Pétersbourg* a prescrit que les projectiles d'un poids inférieure à 400 grammes ne pourront être ni explosibles ni chargé de matières fulminantes ou inflammables. — La déclaration n'est obligatoire que pour et entre les États signataires.

DÉCLARATION DE SAINT-PÉTERSBOURG

(11 DÉCEMBRE 1868).

Sur la proposition du cabinet impérial de Russie, une commission militaire internationale ayant été réunie à Saint-Pétersbourg, afin d'examiner la convenance d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre entre les nations civilisées, et cette commission ayant fixé, d'un commun accord, les limites techniques ou les nécessités de la guerre doivent s'arrêter devant les exigences de l'humanité, les soussignés sont autorisés, par les ordres de leurs gouvernements à déclarer ce qui suit :

Considérant que les progrès de la civilisation doivent avoir pour effet d'atténuer autant que possible les calamités de la guerre ;

Que le seul but légitime que les États doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi ;

Qu'à cet effet, il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible ;

Que ce but serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou rendraient leur mort inévitable ;

Que l'emploi de pareilles armes serait dès lors contraire aux lois de l'humanité ;

Les parties contractantes s'engagent à renoncer mutuellement, en cas de guerre entre elles, à l'emploi, par leurs troupes de terre ou de mer, de tout projectile d'un poids inférieur à quatre cents grammes, qui serait explosible ou chargé de matières fulminantes ou inflammables.

Elles inviteront tous les États qui n'ont pas participé, par l'envoi de délégués aux délibérations de la Commission militaire internationale réunie à Saint-Pétersbourg, à accéder au présent engagement.

Cet engagement n'est obligatoire que pour les parties contractantes ou accédantes, en cas de guerre entre deux ou plusieurs d'entre elles ; il n'est pas applicable vis-à-vis des parties non contractantes ou qui n'auraient pas accédé.

Il cesserait également d'être obligatoire du moment où, dans une guerre entre parties contractantes ou accédantes, une partie non contractante ou qui n'aurait pas accédé se joindrait à l'un des belligérants.

Les parties contractantes ou accédantes se réservent de s'entendre ultérieurement toutes les fois qu'une proposition précise serait formulée en vue des perfectionnements à venir que la science pourrait apporter dans l'armement des troupes afin de maintenir les principes qu'elles ont posé, et de concilier les nécessités de la guerre avec les lois de l'humanité.

Fait à Pétersbourg, le 11 décembre/29 novembre 1868.

[Sanctionné et promulgué en France par décret du 30 décembre 1868.]

Cette déclaration lie entre elles les puissances suivantes :

Autriche-Hongrie ; Bavière ; Belgique ; Danemark ; France ; Grande-Bretagne ; Grèce ; Italie ; Pays-Bas ; Perse ; Portugal ; Prusse, États formant l'ancienne Confédération de l'Allemagne du Nord ; Russie ; Suède ; Norvège ; Suisse ; Turquie ; Wurtemberg.

Ces dispositions, comme le fait remarquer Bluntschli (art. 558 *bis*, Remarque) s'appliquent seulement aux balles de fusil et non aux projectiles de l'artillerie (obus, schrapnels) qui font également explosion, mais paraissent indispensables pour mener à bien les opérations de la guerre.

Le gouvernement prussien avait proposé, par note du 29 juin 1868, une extension des propositions russes et l'interdiction d'une série d'engins de destruction. — L'Angleterre refusa, pour ne pas restreindre le domaine des inventeurs.

Lors de la Conférence de Bruxelles, le colonel Staaf fut chargé de poser la question de savoir s'il ne serait pas opportun de comprendre les balles de *plomb mou* parmi les projectiles occasionnant des maux inutiles. Le général de Voigt-Rhets proposa une enquête, et les choses en restèrent là.

Toutes ces restrictions s'adressent plus spécialement aux combattants organisés. On ne pourrait soumettre à la même règle les combattants improvisés qui, à défaut de balles ou de baïonnettes, chargeraient leur fusil de petit plomb ou s'improviseraient une arme avec le premier outil qui leur tomberait sous la main (*Manuel de droit international des armées françaises*).

On a prétendu que la Convention de Saint-Pétersbourg avait été violé pendant la guerre de 1870. — Une circulaire diplomatique de M. de La Tour d'Auvergne a soutenu que la Convention n'était pas observée par les troupes allemandes.

Cette circulaire a été formellement contredite par le secrétaire d'État prussien M. von Thile, dans une communication adressée par lui aux ambassadeurs des puissances neutres.

II. — *Il est également interdit :*

ART. 9, *Oxford* (1). — *b*) De mutiler ou de tuer un ennemi qui s'est rendu à discrétion ou qui est hors de combat, et de déclarer d'avance qu'on ne fera pas de quartier, même si l'on n'en réclame pas pour soi-même.

Voilà un point incontesté et où il semble que l'on ait franchement rompu avec la rudesse des premières luttes. Nous sommes loin des drames sanglants que nous offrent les annales asiatiques. Dans les luttes antiques, le triomphateur se complaisait dans la cruauté froide et les raffinements de la vengeance. Jadis on décapite, on égorge, tenaille, saigne, estropie les prisonniers sans défense ; on se plaît en d'ingénieuses tortures ; on se rassasie de la vue du supplice. La Bible nous rapporte l'infortune de ces rois vaincus qui, l'extrémité des pieds et des mains coupés, se trouvaient condamnés à se nourrir sous la table du vainqueur implacable.

Aujourd'hui les mœurs se sont adoucies. Aussitôt après les colères du défi, les ivresses de la bataille, s'apaise la fièvre furieuse, se manifeste le respect du prisonnier de guerre, le soin du blessé. On considère comme une obligation stricte d'épargner l'ennemi qui se soumet ou qui n'a plus les moyens de se défendre. Cette règle doit être appliquée à l'égard des peuples mêmes dont la civilisation est moins avancée. La France a toujours respecté les prisonniers pendant les guerres d'Algérie.

Émile Carrey nous raconte, dans ses *Récits de Kabylie*, une anecdote intéressante. C'était au cours de l'expédition de 1857, dirigée par le maréchal Randon. La campagne avait été rude ; la lutte implacable. On venait enfin de

(1) ART. 13, *Bruxelles*. — *c*) Le meurtre d'un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou n'ayant plus les moyens de se défendre s'est rendu à discrétion.

d) La déclaration qu'il ne sera pas fait de quartier.

s'emparer des principaux rebelles, de Lalla-Fathma, la prophétesse, du marabout Sidi-Thaïeb, son frère et d'une foule de Kabyles.

Les zouaves, altérés de vengeance, demandent à grands cris à fusiller les prisonniers. Mais le capitaine Fourchault se place devant les captifs et rappelle ses soldats à eux-mêmes. « Le sang versé en combattant est du *sang de guerre* ; le sang versé après la lutte n'est que du *sang de meurtre* ; il souille ceux qui le versent. » Les soldats s'apaisent.

La violence doit donc cesser à l'égard d'un ennemi dans l'impossibilité de se défendre. On ne doit ni refuser de faire quartier, ni déclarer qu'il n'en sera pas fait. On ne le doit en aucune circonstance, ni par mesure d'intimidation, ni par haine, ni par vengeance. Est blâmable le décret de la Convention du 7 nivôse an II, qui dispose qu'il ne sera fait aucun prisonnier anglais ou hanovrien.

De même on admettait au siècle dernier le droit de passer au fil de l'épée la garnison d'une ville prise d'assaut. Il fallait une capitulation spéciale pour pouvoir sortir d'une ville où le soin de la défense vous enfermait.

Actuellement, même sans capitulation, on ne punit pas des troupes qui se défendent jusqu'à la dernière extrémité. C'est ainsi qu'en 1870, à Phalsbourg, le commandant Taillant s'est rendu à merci sans demander aucune grâce. On a respecté son malheur (1).

L'article 210 de l'ordonnance du 3 mai 1832 admet ce principe dans nos usages militaires.

(1) Phalsbourg tint du 10 août au 10 décembre et ne céda qu'à la famine. La population avait rivalisé de courage avec la garnison et supporté avec constance un bombardement destructeur. Le commandant Taillant, quand il n'y eut plus de pain, détruisit artillerie, munitions, tout ce qui pouvait servir à l'ennemi, puis ouvrit les portes. (HENRI MARTIN.)

Malheureusement, nos principes ne sont pas appliqués partout. L'opinion publique a été scandalisée par la conduite des Turcs lors de la dernière guerre de 1875-1876, 1877-1878.

« Les massacres de Bulgarie », comme l'écrit Rolin-Jaequemyns, « ont montré le caractère spécialement féroce, tout au moins des troupes irrégulières employées » par la Turquie. On peut dire sans hyperbole que celles de ces troupes qui, avant d'être envoyées sur le théâtre de la guerre, avaient opéré en Bulgarie, se composaient non de soldats mais d'assassins. »

Une note du ministre serbe, M. Ristich, attaque et accuse les Turcs de violer le droit des gens; elle n'a jamais été contredite. Le colonel Mur, membre du Parlement anglais, précise et circonstancie cette accusation. Il relève à la charge des Turcs, pour les mois de juillet, août et septembre 1875, des massacres d'habitants inoffensifs, des tortures infligées aux blessés, des outrages exercés sur les femmes. Le général sir Arnold Kemball fut délégué par le gouvernement anglais, auprès du quartier général ottoman, sous le prétexte d'observer les opérations de l'armée, mais en réalité afin d'empêcher de violer trop outrageusement le droit de la guerre.

C. — *Des blessés, des malades et du personnel
sanitaire.*

CONVENTION DE GENÈVE.

(Articles 10 à 18, 35 à 41.)

Nous abordons une matière où éclate le triomphe de la philanthropie. Les progrès immenses accomplis dans le cours de ces dernières années permettent de dire qu'aujourd'hui les haines nationales abdiquent en quelque sorte devant les exigences du soin des blessés. Des règles pré-

cises leur reconnaissent des immunités, leur appliquent un traitement des plus humains. Ces prescriptions réalisent un adoucissement manifeste dans les hostilités. Leur plein succès au cours des dernières guerres leur ont donné la consécration de la pratique. Le feld-maréchal de Moltke est un de ceux qui croient le moins à l'opportunité d'une codification des usages de la guerre. Il pense cependant qu'à la guerre, « où tout doit être pris *individuellement* », les seuls articles qui se montreront efficaces sont ceux qui s'adressent essentiellement aux chefs, et principalement les prescriptions touchant les blessés, les malades, médecins et matériel sanitaire.

« Il faut faire dater de 1864, dit M. Moynier, l'ère du » salut des blessés. — Sans doute autrefois leur sort » avait suscité des actes individuels de générosité, des » aspirations isolées d'hommes de bien (1). » La charité, le dévouement ne sont pas choses neuves. « Ce qui est » neuf, c'est le besoin d'organisation rationnelle que la » vertu ressent à notre époque, comme le ressentent toutes » les autres manifestations de l'activité humaine (2). »

La *Convention de Genève* a entrepris de réaliser ce but et s'est vue couronnée d'un plein succès. Elle mérite à ce titre « l'éternelle reconnaissance du genre humain ». Elle manifeste hautement cette tendance, qui s'affirme chaque jour plus énergique, d'atténuer les maux de la guerre par la suppression des rigueurs superflues. Elle impose aux belligérants l'exigence d'égards inattendus envers les blessés. Sous son égide, l'ambulance parcourt respectée les champs de bataille, elle porte partout dans la mêlée le

(1) Le 7 septembre 1759, la France et la Prusse avaient déjà conclu un traité sur les secours à donner aux blessés : les hôpitaux y étaient considérés comme inviolables (Bluntschli, art. 586, Remarque).

(2) M. de Vogüé.

signe tutélaire qui veut dire « repentir ». Elle est le symbole de l'humanité méconnue, qui reprend ses droits contre la barbarie et les fureurs de la guerre,

« La *Convention de Genève, pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne*, fut conclue le 22 août 1864. L'échange des ratifications de l'instrument diplomatique n'eut lieu primitivement qu'entre neuf puissances ; mais en moins de quatre ans toute l'Europe y souscrivit. La Turquie elle-même ne se fit pas scrupule d'adopter, en juillet 1865, ces règles de conduite inspirées par le sentiment chrétien le plus élevé (1). » La Convention étendit bientôt son influence au delà des limites de l'Europe. En 1874, elle pénétra simultanément en Asie et en Amérique, avec l'adhésion de la Perse et du San-Salvador. Aujourd'hui toute l'Amérique est conquise à l'idée nouvelle, à l'exception du Brésil et du Mexique, qui, on ne sait pourquoi, demeurent réfractaires. En juin 1886, l'adhésion officielle du Japon ouvre de nouveaux horizons au progrès.

La Convention de 1864 a été complétée au moyen d'articles additionnels et étendue à la marine dans une nouvelle Conférence de 1868. Les articles additionnels n'ont pas été encore ratifiés par tous les États contractants. Ils ont été mis en vigueur, à titre de *modus vivendi*, pendant la guerre Franco-Allemande de 1870-1871.

Telle qu'elle est et malgré son succès, l'œuvre de Genève contient des imperfections, renferme quelques lacunes. La Convention à peine éclosée avait été l'objet de vives critiques et, à maintes reprises, sa revision a été mise à l'étude. On ne s'entendit pas cependant sur les réformes à introduire. — Les uns, les *progressistes* à côté

(1) M. Moynier.

d'innovations sages et désirables, en réclamaient d'autres un peu hasardées. Ils risquaient d'altérer cette modération qui caractérise l'œuvre de Genève. — Et par contre, *les rétrogrades* trouvent « que la Convention concède trop aux philanthropes ». Ils veulent revenir sur quelques-unes de ses dispositions pour en restreindre la portée. — Entre ces deux prétentions inconciliables se placent les *conservateurs*. Ils redoutent de voir les rétrogrades triompher ou les progressistes compromettre, par excès de zèle, les droits acquis. Ils réclament le maintien du *statu quo*.

M. MOYNIER est franchement conservateur. On le voit dans la circulaire qu'il adressa le 20 juin 1874, en sa qualité de président du Comité international de Genève, relativement à la Conférence de Bruxelles. Il s'inquiète du caractère nettement progressiste de certains délégués qui voulaient réformer quelques lacunes du traité devenues évidentes pendant la guerre Franco-Allemande de 1870. Il fait ressortir le caractère définitif de l'Acte international de Genève.

On voit au protocole n° VII des séances, que M. Jomini s'est empressé de dissiper les inquiétudes de M. Moynier sur le sort de cette Convention dont il était un des principaux auteurs. Après avoir donné lecture de la circulaire, il déclare qu'il ne s'agit pas de toucher à la Convention de Genève, qui est un acte officiel et inviolable. Tout au plus proposerait-on de la développer par des propositions complémentaires sous forme d'Actes additionnels.

Les délégués de Bruxelles n'ont donc pas touché à l'Acte international. Ils ont abordé cependant l'examen de certaines modifications dont l'expérience acquise dans les dernières guerres avait révélé la nécessité au point de vue militaire.

ART. 35, *Bruxelles*. — « Les obligations des belligérants » concernant les malades et blessés sont régis par la

» Convention de Genève du 22 août 1864, sauf les modifications dont celle-ci pourra être l'objet. »

Les légistes d'Oxford se trouvaient dans une situation différente. Ils n'avaient aucun caractère officiel. Ils ont mis à profit leur indépendance et indiqué en quel sens l'œuvre de Genève pourrait être améliorée. Leur intervention est d'ailleurs fort discrète et manifeste une grande modération. S'inspirant des observations faites à Bruxelles, la Convention elle-même est reproduite dans leur travail avec de légères modifications. Les articles 10 à 18 s'occupent des blessés, des malades et du personnel sanitaire ; les articles 35 à 40 du matériel sanitaire.

L'article 10 d'Oxford est la base et le principe qui inspire toute cette matière. Les dispositions suivantes, concernant les blessés, le personnel médical et le matériel affecté aux blessés, s'en déduisent. On y formule que le but proposé est d'assurer la protection des blessés et des malades. Un blessé n'est plus un combattant. Il a droit au respect et aux égards de l'ennemi. Il doit être recueilli et soigné à quelque nation qu'il appartienne. Le chirurgien dans ses fonctions ne connaît pas d'ennemis ; il ne voit devant lui que des individus malades ; il doit s'efforcer de les guérir. Nos mœurs ne supportent plus qu'il s'inspire de la fière réponse d'Hippocrate au satrape envoyé par Artaxerxès : « L'honneur me défend d'accepter les présents des Perses et de secourir les ennemis de ma patrie ».

Les articles 10 et 11 sont la reproduction littérale de l'article 6 de la Convention de Genève.

ART. 10, *Oxford*. — Les militaires blessés ou malades doivent être recueillis et soignés, à quelque nation qu'ils appartiennent.

ART. 11, *Oxford*. — Les commandants en chef ont la faculté de remettre immédiatement aux avant-postes ennemis

les militaires ennemis blessés pendant le combat lorsque les circonstances le permettent et du consentement des deux partis.

L'article suivant édicte que « les évacuations avec le » personnel qui les dirige, sont couvertes par la *neutralité* » (ART. 12, *Oxford*).

On peut regretter que le *Manuel d'Oxford* maintienne l'expression inexacte de neutralité, qu'ils appliquent aussi bien aux personnes qu'au matériel. Comme le fait observer M. Renault, à son cours, le personnel n'est pas neutre : ce sont des ennemis qui ont droit à un *traitement particulier*. De même, s'il était vrai que le matériel fût neutre, l'ennemi ne pourrait pénétrer dans un établissement appartenant à son adversaire : on ne va pas en territoire neutre. — On eût pu, semble-t-il, sans altérer la substance de la Convention de Genève, se ranger à l'avis des délégués de Bruxelles, qui proposaient de dire *inviolabilité* et non neutralité.

ART. 13, *Oxford*. — Le personnel des hôpitaux et des ambulances — comprenant l'intendance, les services de santé, d'administration et de transport des blessés, ainsi que les aumôniers, et les membres et agents des sociétés de secours dûment autorisés à seconder le personnel sanitaire officiel — est considéré comme neutre lorsqu'il fonctionne, et tant qu'il reste des blessés à relever ou à secourir.

Bluntschli fait remarquer que cette disposition renouvelée de l'article 2 (Convention de Genève) a, dans la pratique, donné lieu à plus d'une critique. L'immunité accordée au personnel est — dans l'esprit de la Convention — reconnue d'une façon générale et absolue. Or, l'interprétation littérale du texte ferait croire qu'il n'en jouit que « tant qu'il reste des blessés à relever ou à secourir ».

« Quid » des vétérinaires ? — Le *Manuel d'Oxford* garde le silence à leur égard. Les vétérinaires belges avaient

adressé une pétition à la Conférence tendante à obtenir que le bénéfice assuré aux médecins par la Convention de Genève soit étendu aux vétérinaires. — La Conférence ne s'est pas prononcée, prétextant que la question était de la compétence de la future Conférence de revision de la Convention de Genève.

L'article 13 du *Manuel* constate l'extention de la Convention de Genève aux *Sociétés de secours* qui en sont nées. La proposition en avait été déjà faite à la Conférence de Bruxelles par le délégué de Suède et Norvège, colonel Staaf. Le but de ces sociétés est excellent. Elles ont rendu des services remarquables. Elles sont sous les auspices d'augustes personnages, et leur bon fonctionnement est constaté par des comptes rendus annuels.

Les légistes d'Oxford, soucieux d'éviter certains abus, exigent cependant que ces sociétés soient sous le contrôle du gouvernement « et dûment autorisées ». En 1870, et en France surtout, ces sociétés ont entraîné des abus par vice d'organisation. Les brassards avaient été distribués mal à propos à des gens qui désiraient surtout ne pas combattre (1).

Actuellement la *Société française de secours aux blessés militaires*, constituée dès 1866, est réglementée par un décret du 3 juillet 1884, qui arrête les conditions définitives de son fonctionnement.

« Donc, même en temps de paix, » écrit Maxime Du Camp, « elle est considérée comme une institution de » guerre ; elle appartient en quelque sorte à l'État, malgré son initiative individuelle ; elle est une force sur laquelle et avec laquelle on compte. L'assimilation est » complète, l'article 7 du décret ne laisse aucun doute à » cet égard ».

(1) M. Renault à son cours.

ART. 7. *Décret du 3 juillet 1834.* — Le personnel de la
» société de secours, lorsqu'il est employé aux armées, est
» soumis aux lois et règlements militaires. Il est justi-
» fiable des tribunaux militaires, par application des
» articles 62 et 75 du code de justice militaire.

« En somme, la Croix-Rouge est à l'ensemble du service
» de santé ce que la réserve est aux troupes de ligne; elle
» est un corps hiérarchisé dont l'intervention peut fixer
» la victoire. »

La France possède actuellement trois sociétés distinctes, tendant en temps de guerre au même but, mais y atteignant par des voies et à l'aide de moyens particuliers. Ce sont, indépendamment de la *Société de secours aux blessés*, l'*Association des Dames Françaises* et l'*Union des Femmes de France* (1).

L'article 3 de la Convention de Genève laisse au personnel des hôpitaux et ambulances la faculté, après l'occupation par l'ennemi, de continuer à remplir leurs fonctions dans l'hôpital ou l'ambulance qu'il dessert, ou de se retirer pour rejoindre le corps auquel il appartient (2).

Cette disposition présentait un double inconvénient pour les malades, qu'elle exposait à rester sans soins, et pour l'occupant. Il importe en effet que toute communication soit interrompue entre les deux armées en guerre. Il y a

(1) Lieutenant Froment, *les Sociétés de secours aux blessés*.

(2) ART. 3. — *Convention de Genève.* — Les personnes désignées dans l'article précédent pourront, même après l'occupation par l'ennemi, continuer à remplir leurs fonctions dans l'hôpital ou l'ambulance qu'elles desservent, ou se retirer pour rejoindre le corps auquel elles appartiennent. Dans ces circonstances, lorsque ces personnes cesseront leurs fonctions elles seront remises aux avant-postes ennemis par les soins de l'armée occupante.

là une nécessité militaire de premier ordre. Il était donc excessif de reconnaître au personnel la faculté de se retirer.

Bluntschli propose de substituer la rédaction suivante qui réserve l'agrément de l'autorité militaire (art. 587, Remarque) :

« Si ces personnes tombent au pouvoir de l'ennemi, elles » ne pourront être traitées en prisonniers de guerre ; sui- » vant les besoins du service sanitaire, elles devront con- » tinuer à être protégées dans l'exercice de leur mission » ou être congédiées aussitôt que les considérations mili- » taires le permettront et être conduites sous escorte suf- » fisante aux avant-postes de l'armée à laquelle elles » appartiennent. »

La Convention additionnelle de 1868, article 4^{er}, supprime d'ailleurs en partie ce double inconvénient de l'article 3.

ART. 4^{er}. — « Le personnel désigné dans l'article 2 de » la Convention continuera, après l'occupation par l'en- » nemi, à donner, dans la mesure des besoins, ses soins » aux malades et aux blessés de l'ambulance ou de l'hôpi- » tal qu'il dessert.

« Lorsqu'il demandera à se retirer, le commandant des » troupes occupantes fixera le moment de ce départ, qu'il » ne pourra toutefois différer que pour une courte durée » en cas de nécessité militaire. »

Le personnel pourra donc être conservé si le soin des blessés l'exige ; d'autre part une plus grande latitude est reconnue aux commandants des troupes occupantes. C'est à eux qu'il appartient de fixer le moment du départ, le personnel peut donc être retenu dans une certaine limite. La fixation de l'heure du départ, comme celle de la voie à suivre, est laissée au commandant. Il n'est plus tenu (art. 3,

Genève) de les conduire directement aux avant-postes les plus rapprochés. Il peut leur imposer un long détour pour rejoindre l'armée à laquelle ils appartiennent.

Le *Manuel d'Oxford* s'inspire de l'article 1^{er} additionnel. L'article 14 pose le principe de l'obligation pour le personnel médical de rester à son poste.

ART. 14, *Oxford*. — Le personnel désigné dans l'article précédent *doit* continuer, après l'occupation par l'ennemi, à donner, dans la mesure des besoins, les soins aux malades et aux blessés de l'ambulance ou de l'hôpital qu'il dessert.

Est-il dans l'intention des légistes d'en faire une règle stricte imposée à l'observation des commandants en chef, ou de poser simplement le principe de l'obligation morale pour le personnel de rester à son poste, si le commandant en chef veut bien les y autoriser ?

ART. 15, *Oxford*. — Lorsque ce personnel demande à se retirer, le commandant des troupes occupantes fixe le moment de son départ, qu'il ne peut toutefois différer que pour une courte durée, en cas de nécessité militaire.

Si au contraire le personnel reste il doit être traité avec égard. L'article 16 d'*Oxford* reproduit et amende l'article 2 additionnel qui fut, nous dit Bluntschli, rédigé par des médecins et dispose que le personnel neutralisé, tombé entre les mains de l'armée ennemie devrait conserver la jouissance intégrale de son traitement (1).

« Il n'y a pas de motifs juridiques pour allouer aux » médecins ennemis la même solde qu'ils auraient touché » dans leur patrie, sinon on arriverait à cette conséquence

(1) ART. 2 *additionnel*. — Des dispositions devront être prises par les puissances belligérantes pour assurer au personnel neutralisé tombé entre les mains de l'armée ennemie, la jouissance intégrale de son traitement.

» absurde qu'un État pourrait être tenu de payer aux
» deux médecins ennemis une solde plus forte qu'à ses
» propres médecins. »

ART. 16, *Oxford*. — [Dispose plus sagement que] Des dispositions doivent être prises pour assurer, s'il se peut, au personnel neutralisé, tombé entre les mains de l'ennemi, la jouissance d'un *traitement convenable*.

ART. 17, *Oxford*. — Le personnel sanitaire neutralisé doit porter un brassard blanc à croix rouge, dont la délivrance appartient exclusivement à l'autorité militaire.

Ce signe distinctif indique ostensiblement que le corps sanitaire a droit à une protection spéciale. Les médecins ou infirmiers ne doivent pas être attaqués; si cependant ils l'étaient, ils ont naturellement le droit de se défendre. Ils conservent donc des armes. « On ne doit pas les placer sans armes et sans protection au milieu des dangers de la guerre. Par cet acte de légitime défense, ils ne perdent pas le caractère de personnes placées sous la protection spéciale du droit international (2) ».

Le signe tutélaire est le brassard, croix rouge sur fond blanc. Ce sont les couleurs de la Suisse interverties. On les a prises par reconnaissance. Ce n'est pas un signe religieux.

C'est ainsi que le comprenait le gouvernement turc en envoyant son adhésion à la Convention de Genève en juillet 1865. Cependant « en s'obligeant à arborer dans son armée un drapeau où le signe de la croix se détache en rouge sur un fonds blanc, le sultan brisait avec toutes les traditions de ses coreligionnaires, disons mieux, il heurtait un des sentiments les plus enracinés dans le cœur des sectateurs de Mahomet (3) ». On s'en aperçut

(1) Bluntschli.

(2) En ce sens : *Manuel français de droit international*, p. 59.

(3) M. Moynier.

au cours de la guerre de 1875 contre la Serbie et le Monténégro. Malgré la promesse formelle de la Porte d'appliquer les règles de la Convention de Genève « dans l'intérêt de l'humanité » (1), les troupes turques, tant régulières qu'irrégulières, n'ont respecté ni les ambulances ni le personnel qui en dépendait. La *croix*, ce signe protecteur adopté par la Convention de Genève excitait particulièrement la colère des soldats turcs. Leur fanatisme religieux n'y voyait que le symbole religieux, l'*antithèse du croissant* (2).

En ce sens un rapport de M. Georgewitch, chef de service sanitaire annexé à la note de M. Ristich, ministre serbe, accusant les Turcs de violer le droit des gens.

« La cavalerie régulière turque ayant rencontré Lucas » Popowitch, secrétaire du sous-comité de la Croix-Rouge, » dans l'exercice de ses fonctions, lui coupèrent d'abord le » bras qui portait le brassard blanc, puis, après avoir » tué leur victime d'un coup de feu dans la poitrine, lacé- » rèrent la croix rouge à coups de yatagan. »

Pour remédier dans une certaine mesure à ces abus, il fut accordé à l'armée turque, à titre de *modus vivendi*, de remplacer, pendant la guerre Russo-Turque, la croix rouge par le croissant rouge de la nouvelle lune, et de reconnaître à ce dernier les mêmes effets.

Il est difficile de comprendre en quoi cette mesure a pu apporter un remède à la situation; en fait, les Turcs ne s'en prenaient pas à leurs ambulances, mais à celles de leurs adversaires qui ont continué à conserver la croix de Genève.

Pour conclure, nous pouvons dire avec M. Moynier, que la prudence veut qu'on ne s'adresse qu'à des nations parvenues à un état social assez avancé, afin de n'enrôler que des gouvernements capables d'assurer l'exécution

(1) Note du 24 août 1875.

(2) Rolin-Jaequemyns.

d'une loi qui, il faut en convenir, triomphe malaisément des instincts brutaux de l'homme. — L'article 9 de Genève donne une certaine garantie à ce sujet en s'opposant aux adhésions spontanées (1).

ART. 18, *Oxford*. — Les généraux des puissances belligérantes doivent faire appel à l'humanité des habitants et les engager à secourir les blessés, en leur signalant les avantages qui en résulteront pour eux-mêmes (art. 36 et 59). Ils doivent considérer comme inviolables ceux qui répondent à cet appel.

L'article 18 d'*Oxford* réagit, après l'article 4 additionnée, contre la disposition inconsiderée de l'article 5 de Genève (1). — Par le seul fait qu'un habitant portait secours aux blessés, il acquérait le bénéfice de *neutralité*. Il se trouvait « dispensé du logement des troupes ainsi que d'une partie des contributions de guerre ». — Le *Manuel* en fait au contraire une question de mesure et d'appréciation pour les commandants de corps.

D. — *Du matériel sanitaire.*

Les dispositions tutélaires des blessés, qui font l'objet des articles 10 et suivants, seraient insuffisantes si une

(1) ART. 9. *Genève*. — Les Hautes Puissances contractantes sont convenues de communiquer la présente convention aux gouvernements qui n'ont pu envoyer des *plénipotentiaires* à la Conférence internationale de Genève, en les invitant à y accéder; le protocole est, à cet effet, laissé ouvert.

(1) Comparez :

ART. 5. *Genève*. — Les habitants du pays qui porteront secours aux blessés seront respectés et demeureront libres.

Les généraux des puissances belligérantes auront pour mission de prévenir les habitants de l'appel fait à leur humanité et de la neutralité qui en sera la conséquence.

Tout blessé recueilli et soigné dans une maison y servira de sauvegarde. L'habitant qui aura recueilli chez lui des blessés sera dispensé du logement des troupes, ainsi que d'une partie des contributions de guerre qui seraient imposées.

protection spéciale n'était pas également accordée aux établissements sanitaires. Aussi l'article 35, reproduisant l'article 1^{er} de la Convention de Genève, dispose :

ART. 35, *Oxford*. — Les ambulances et les hôpitaux à l'usage des armées sont reconnus neutres et doivent, comme tels, être protégés et respectés par les belligérants aussi longtemps qu'il s'y trouve des malades ou des blessés.

Les ambulances, hôpitaux, place de pansement, ont donc droit à la *protection* et au *respect*. Il n'y a pas double emploi. La protection s'impose à l'ennemi qui occupe le pays où se trouvent les établissements de l'adversaire ; et il doit en outre le respect, au moment de l'action, à l'égard des hôpitaux et ambulances qui ne sont pas en sa possession.

On peut reprocher à la rédaction de l'article 35 d'établir, au moins pour les ambulances, une distinction non motivée entre le matériel occupé et celui qui ne l'est pas. L'esprit de la Convention de Genève est de respecter les ambulances de l'ennemi alors même qu'il ne s'y trouverait pas de blessés.

L'expression *neutre* a été critiquée. LUEDER, dans un ouvrage couronné sur la Convention de Genève, propose de formuler ainsi :

« Tous les établissements sanitaires... ne peuvent être »
» ni attaqués ni endommagés, et doivent être protégés »
» par l'autorité militaire occupante ».

Il poursuit ainsi :

« Mais s'ils sont utilisés militairement pour un but »
» offensif ou défensif, ils perdent tout droit à prétendre »
» à une protection et à des ménagements. De simples »
» postes employés au maintien de la tranquillité et de »
» l'ordre ne sont pas considérés comme une utilisation »
» militaire ».

En ce sens, dispose l'article 37 d'Oxford :

ART. 37, *Oxford*. — La neutralité des ambulances et des hôpitaux cesse s'ils sont gardés par une force militaire, ce qui n'exclut pas la présence d'un poste de police.

La rédaction du deuxième alinéa de l'article 1^{er} de Genève est manifestement insuffisante : « La neutralité » cesserait, si ces ambulances ou hôpitaux étaient gardés » par une force militaire ». Ces termes laissent place à des doutes. L'article 37 y supplée. Il est souvent indispensable de placer des postes militaires auprès des hôpitaux, pour maintenir l'ordre et protéger les approvisionnements des hôpitaux. Les établissements sanitaires n'en demeurent pas moins inviolables.

Doit-on réclamer le bénéfice de la neutralité pour les postes de garde eux-mêmes ?

On ne le pense généralement pas. Il serait préférable de les retirer à l'approche de l'ennemi. Le *Manuel français de droit international* dispose qu'en cas de capture, les hommes qui composent le poste ne jouissent d'aucun privilège et sont considérés comme prisonniers de guerre.

Les dispositions tutélaires s'appliquent aussi, nous dit l'article 36, « aux bâtiments ou parties de bâtiments par- » ticuliers dans lesquels des malades ou des blessés sont » recueillis et soignés ».

Dans les usages de la guerre, on fait une distinction singulière. En cas d'occupation, le matériel de l'hôpital est considéré comme *butin de guerre*. Le personnel qui se retire ne peut rien en distraire. — Les ambulances, au contraire, ont le droit d'enlever leur matériel (1).

(1) En 1870, on est si mal renseigné sur la Convention de Genève qu'à Metz on fait entrer tout le matériel des ambulances dans les hôpitaux où les Prussiens s'en emparent. N'y a-t-il eu que de l'ignorance ?

En ce sens, l'article 4 de Genève reproduit par l'*article 38 d'Oxford* :

ART. 38, *Oxford*. — Le matériel des hôpitaux militaires demeurant soumis aux lois de la guerre, les personnes attachées à ses hôpitaux ne peuvent, en se retirant, emporter que les objets qui sont leur propriété particulière. — Les ambulances, au contraire, conservent tout leur matériel.

L'*article 39 d'Oxford* détermine ce que nous devons entendre par la dénomination d'*ambulance*. Ce sont les hôpitaux de campagne et autres établissements temporaires qui suivent les troupes sur les champs de bataille pour y recevoir des malades et des blessés.

De même article 3, additionnel (1868).

L'article 4 des dispositions nouvelles de Lueder dispose sur ce point que :

« L'armée occupante est autorisée à se servir du matériel des établissements sanitaires permanents et à en disposer dans des buts sanitaires, mais non à le considérer *comme butin*. Les établissements sanitaires mobiles, y compris les voitures et chevaux, ne peuvent, par contre pas être occupés ».

L'*article 40 d'Oxford* dispose, d'après l'article 7 de la Convention de Genève :

ART. 40, *Oxford*. — Un drapeau distinctif et uniforme est adopté par les hôpitaux, les ambulances et les évacuations. Il porte croix rouge sur fond blanc. Il doit être toujours accompagné du drapeau national.

On fut donc, à Oxford, plus catégorique qu'à Bruxelles. On s'y était demandé s'il fallait arborer les deux drapeaux. La commission s'était prononcée pour l'utilité du double drapeau sans l'imposer comme une nécessité.

Oxford exige le maintien de cette clause de l'article 7 de Genève : « Il devra être en toute circonstance accompagné du drapeau national ».

Bluntschli fait observer (Art. 592, Remarque) que la juxtaposition de deux drapeaux, ayant des significations opposées est peu pratique. Elle peut donner lieu à des méprises. Le drapeau neutre doit avoir le premier rang sur les ambulances. « Si l'on juge nécessaire d'y ajouter » l'image de l'autorité militaire de laquelle dépend l'ambulance, il suffira d'un symbole de petite dimension qui ne puisse ni cacher ni remplacer l'autre. »

Telle est, dans ses traits généraux et modifiée par les savants d'Oxford, cette Convention de Genève dont « tous les peuples civilisés ont fait un corollaire du droit international (1). Elle offre aux philanthropes un spectacle bien consolant. Les lois de la guerre dans leur ensemble sont l'objet des violations les plus flagrantes ; seule la loi de Genève s'impose au respect de tous. A chaque expérience nouvelle, on constate de nouveaux progrès dans son application. M. Moynier écrivait, à la suite de la guerre Serbo-Bulgare de 1885 que « les expériences de cette » courte campagne ont été très remarquables quant à » l'humanité qu'on y a déployée envers les blessés, et à » la façon dont la convention de Genève a été mise en » pratique ».

Jusqu'à présent la garde du traité est confié à l'honneur de l'armée. M. Moynier a présenté un projet de *tribunal arbitral* pour juger les infractions à la Convention de Genève. L'idée lui a été suggérée par la conduite des Bulgares et des Serbes. Ces belligérants avaient eu l'idée de prendre à témoin de leur bon droit, non plus l'opinion publique, vague et insaisissable, mais un corps organisé,

(1) Lieutenant Froment, *op. cit.*

une collectivité d'hommes en l'impartialité et l'équité desquels ils avaient confiance.

DES MORTS.

Une codification qui a pour but l'adoucissement des lois de la guerre ne peut rester étrangère aux deuils nombreux qu'elle entraîne. L'honneur et la civilisation sont intéressés à ce que le soldat mort dans l'action reçoive, autant que possible, une sépulture. Les haines s'effacent devant la mort.

Le corps de l'ennemi, comme celui de l'ami, doivent être respectés et garantis contre toute mutilation. Le respect des morts est de règle absolue parmi les nations civilisées. En ce sens l'article 135 de l'ordonnance française du 3 mai 1832.

Dans l'intérêt des familles et pour la régularité du service des actes de l'État civil, il convient aussi de prendre des mesures destinées à assurer la reconnaissance des morts. La règle est donc de ne procéder à aucune inhumation avant d'avoir recueilli sur la personne tous les indices propres à établir son identité. On a proposé, pour faciliter ces recherches, de munir chaque soldat d'une plaque d'identité en métal blanc. Chacun d'eux doit la porter au cou. Elle donnera avec le nom de l'homme, le numéro du régiment.

Ces indications, une fois recueillies, sont transmises le plus promptement possible à l'ennemi, pour les morts qui l'intéressent. On remet en même temps les objets trouvés sur les défunts et qui étaient leur propriété personnelle (1).

Les délégués de Bruxelles s'étaient désintéressés de la

(1) *Manuel de droit international.*

question. Lieber ne la traite également pas. Les juristes d'Oxford, faisant preuve d'une louable initiative, lui affectent deux articles.

ART. 19, *Oxford*. — Il est interdit de dépouiller et de mutiler les morts gisant sur le champ de bataille.

ART. 20, *Oxford*. — Les morts ne doivent jamais être inhumés avant que l'on ait recueilli, sur leur personne, tous les indices tels que livrets, numéros, etc., propres à établir leur identité.

Les indications ainsi recueillies sur les morts ennemis, sont communiquées à leurs armées ou à leurs gouvernements.

Le feld-maréchal de Moltke, dans sa critique du *Manuel d'Oxford*, reconnaît qu'il tient plus de compte des nécessités de la guerre que ne l'ont fait les essais antérieurs. Cependant il assure que certaines exigences du *Manuel* sont irréalisables. Comme exemple d'impossibilité, il donne la *constatation d'identité* des morts après une grande bataille. Le feld-maréchal prévoit que les luttes de l'avenir seront « de sanglantes hécatombes, de formidables holocaustes ».

Un général peut-il refuser une suspension d'armes nécessaire pour ensevelir les morts ?

Un écrivain fantaisiste prévoit cette hypothèse en une espèce particulièrement lugubre (1).

L'ennemi s'est précipité en masses compactes sur un fort dont il convoite la prise. La résistance qu'on lui oppose est énergique ; il se retire en laissant des morts nombreux sur les talus avoisinant le fort. Toute suspension d'armes est refusée, pour que les assiégés, ne pouvant ensevelir les cadavres, soient empestés par leur décomposition.

(1) Danrit, *la Guerre de demain*.

Évidemment cette hypothèse n'a rien à faire avec le droit des gens. L'auteur le reconnaît lui-même : c'est, dit-il, une *guerre de Peaux-Rouges*.

E. — *Qui peut être fait prisonnier de guerre?*

(Articles 21-22.)

I

Cette question se rattache à la distinction établie par l'*article 2 d'Oxford* entre belligérant et non-belligérant. Seuls, les individus qui font partie des forces armées belligérantes, ont le droit d'être considérés comme prisonniers de guerre. Les autres ne font la guerre qu'en violation du droit des gens ; ils tombent sous le coup de la loi martiale.

ART. 21, *Oxford*. — Les individus qui font partie des forces armées belligérantes, s'ils tombent au pouvoir de l'ennemi, doivent être traités comme des prisonniers de guerre, conformément à l'art. 61 et suivants.

Il en est de même des messagers, porteurs de dépêches officielles accomplissant ouvertement leur mission, et les aéronautes civils chargés d'observer l'ennemi ou d'entretenir les communications entre les diverses parties de l'armée ou du territoire.

Le paragraphe 2 de l'*article 21 d'Oxford* est la réédition de l'article 22 de Bruxelles décidant que le messager et l'aéronaute, militaire ou non, ne peuvent être considérés comme espions. Il fixe le sort de cette catégorie de personnes. Il leur reconnaît le bénéfice de la qualité de belligérant, sous la seule condition d'avoir accompli ouvertement leur mission. Peu importe donc que le messager soit militaire ou civil, en uniforme ou non, s'il se trouve dans de telles conditions qu'à son aspect les ennemis doivent comprendre le motif de sa présence et de ses

démarches. Il y aurait abus à vouloir assimiler le rôle de l'espion qui accomplit sa besogne dans l'ombre et celui du messager qui remplit sa mission à la vue de tous.

Particulièrement, les *aéronautes* sont des messagers qui planent dans les airs. On ne peut à coup sûr leur reprocher ni secret ni déguisement. Comment doit être traité le personnel des ballons montés ?

La question a été posée lors de la Conférence de Bruxelles. C'était une question neuve et dont la solution s'imposait au lendemain de la guerre Franco-Allemande où les ballons avaient joué un rôle considérable. Privé de ses communications habituelles, Paris avait lancé à travers les airs une foule de hardis messagers. C'est grâce à cette voie aérienne que Gambetta a pu quitter Paris et organiser dictatorialement la résistance de la province.

Le général de Voigt-Rhets demandait à Bruxelles qu'il fût permis de tirer sur les aéronautes, après les avoir sommés inutilement de descendre. En cas de capture, ils devraient être traités comme prisonniers de guerre et ne sauraient jamais être justiciables des tribunaux militaires.

Telle n'a pas été la pratique suivie par les Allemands en 1870. Rolin-Jaequemyns leur reproche d'avoir traduit en conseil de guerre et interné dans des forteresses, les aéronautes qui sont tombés entre leurs mains.

En fait, les Allemands ont eu la prétention excessive de traiter en espions toute personne, messager ou aéronaute, qui franchissait leur ligne pour porter les lettres d'une armée à une autre ou d'une place assiégée à une armée.

« Je profite de l'occasion pour vous informer », écrivait M. de Bismarck à M. Washburne, ministre des États-Unis à Paris (1) « que plusieurs ballons expédiés dernièrement de Paris sont tombés entre nos mains et que

(1) Lettre du 19 novembre 1870.

» les personnes qui les montaient seront jugées d'après
» les lois de la guerre. Je vous prie de vouloir bien porter
» ce fait à la connaissance du gouvernement français, en
» ajoutant que toutes les personnes qui prendraient cette
» voie pour franchir les lignes sans autorisation ou pour
» entretenir des correspondances au préjudice de nos
» troupes, s'exposent, si elles tombent en notre pouvoir,
» au même traitement, qui leur est tout aussi applicable
» qu'à ceux qui feraient des tentatives semblables par la
» voie ordinaire ».

Et ailleurs, on lit dans le *Moniteur officiel prussien*, paraissant à Versailles pendant le siège :

« Hier deux ballons, contenant trois personnes ont encore
» été capturés par les troupes allemandes. Nous appre-
» nons, de source certaine, que ces personnes ne seront
» point traitées en prisonniers de guerre, mais qu'elles
» sont déjà en route pour l'Allemagne, où on les fera juger
» par un conseil de guerre, comme convaincues d'avoir
» essayé de rompre les lignes d'avant-poste. La peine
» édictée en pareille circonstance par le code militaire est
» la peine de mort (1). »

Ce document de presse signale donc la mise en application de la théorie émise par M. de Bismarck. Le chancelier n'admet pas même la distinction, qui semble être acquise sans conteste, entre les messagers militaires et civils. Un même traitement les attend. La pratique allemande est donc plus excessive que le *Règlement américain* de 1862. L'article 99 reconnaît la qualité de prisonnier de guerre « au messenger armé et revêtu de l'uniforme national ». Si au contraire « ils ne sont pas en uniforme et ne sont pas militaires, les circonstances qui ont accompagné la capture détermineront les dispositions à prendre à leur égard ».

(1) Lieutenant Froment, *De l'espionnage*, p. 217.

La question des *aérostiers militaires* est toujours à l'ordre du jour. On espère que les puissances vont prendre prochainement une décision sur leur situation en cas de mobilisation et reconnaître d'une façon définitive, incontestable la qualité de belligérants à ces utiles auxiliaires.

En France notamment, la commission civile d'aéronautique vient de préparer, pour la présenter au ministre de la guerre, une étude des règles du droit international étendu à l'aérostation militaire. On soumet le nouveau corps des aérostiers militaires à deux des conditions les plus importantes pour être considéré comme belligérant et non comme espion : l'organisation officielle antérieure à la déclaration de guerre et le port d'un uniforme fourni par l'administration militaire et décrit dans la loi d'organisation (1).

II

Parmi les belligérants, il en est qui peuvent repousser la qualité de prisonniers de guerre et obtenir leur mise en liberté. Ce sont les personnes qui suivent une armée sans en faire partie, même à titre de service auxiliaire.

ART. 22, *Oxford*. — Les personnes qui suivent une armée sans en faire partie, tels que les correspondants de journaux, les vivandiers, les fournisseurs, etc., et qui tombent au pouvoir de l'ennemi, ne peuvent être détenus qu'aussi longtemps que les nécessités militaires l'exigent.

L'article 34 de la Déclaration de Bruxelles, et l'article 50, alinéa 1^{er} des *Instructions des États-Unis*, admettent au contraire que ces catégories de gens — non combattants — peuvent être traités en prisonniers de guerre.

La solution d'Oxford est moins rigoureuse et en somme

(1) M. Janssen, *Mémoire relatif à la création d'aéronautes territoriaux*.

préférable. Le général ennemi peut retenir des journalistes, des vivandiers si les nécessités militaires l'exigent. Tel serait le cas où l'on craindrait qu'ils n'aient surpris un mouvement de troupes, qu'ils ne transmettent des renseignements sur l'effectif, l'état moral des troupes ; des indications sur la position des armées. Mais cette rigueur doit prendre fin aussitôt que le motif en cesse. Si l'appréhension n'a plus sa raison d'être, on devra les remettre en liberté.

De même ne devront pas être traités en prisonniers de guerre les médecins et personnes attachés au service de santé. La Convention de Genève, nous l'avons vu, leur assure, sous certaines conditions, le privilège de l'inviolabilité.

Les *agents diplomatiques* ne devraient également pas être arrêtés. L'article 50 des *Instructions américaines* reconnaît cependant le droit de faire prisonniers les diplomates de son adversaire. M. de Bismarck est allé plus loin en 1870. Le général Ambert raconte, dans ses *Récits militaires*, comment un *diplomate neutre* a été arrêté sur l'ordre du chancelier pour avoir, quelques années auparavant, écrit un article désagréable pour la Prusse (1).

« L'histoire vaut la peine d'être contée. M. Angel de » Miranda, représentant de l'Espagne, quitte Paris pour » aller à Versailles demander un sauf-conduit à M. de » Bismarck. Le chancelier prussien le reçoit admirable- » ment, le retient à déjeuner et promet de lui envoyer un » sauf-conduit à son logement. Dans l'intervalle, M. de » Bismarck apprend que M. de Miranda a publié un article » sur l'ambition envahissante de la Prusse. Il envoie son » aide de camp von Treskow pour arrêter M. de Miranda.

(1) Vassaux, *Thèse*.

» Malgré ses protestations, il est remis à la gendarmerie.
» On lui arrache les décorations qu'il porte, la plaque
» d'Isabelle, et la décoration de Saint-Jean de Jérusalem.
» Jeté dans un cachot et mis au secret, M. de Miranda est
» envoyé à Mayence, comme un soldat pris les armes à la
» main. »

De même les *membres d'une famille régnante*, non astreints au service militaire, ne doivent pas plus être arrêtés que les membres de telle autre famille de citoyen. La théorie contraire a prévalu dans l'article 50, alinéa 2, des *Instructions américaines*.

ART. 50, *Instructions américaines*. — « En outre, les
» citoyens qui accompagnent l'armée dans un but quel-
» conque, comme les éditeurs ou correspondants de jour-
» naux, les fournisseurs, etc... peuvent, s'ils sont capturés,
» être déclarés prisonniers de guerre et détenus comme
» tels. »

« Le monarque et les *membres de la famille régnante*
» *ennemie*, hommes ou femmes, le chef et les principaux
» fonctionnaires du gouvernement ennemi, ses agents di-
» plomatiques et toutes les personnes dont les services sont
» d'une utilité particulière à l'armée ennemie ou à son
» gouvernement, sont prisonniers de guerre s'ils sont pris
» sur le théâtre de la guerre sans être munis de sauf-con-
» duits délivrés par les chefs des troupes qui les ont cap-
» turés. »

Reporters. — La tendance actuelle est d'exclure des états-majors les reporters de toute nationalité. L'importance des renseignements publiés par certains journaux en temps de guerre est trop grande.

L'Italie a appliqué, lors de l'expédition de Massaouah

cette nouvelle règle. J'emprunte au lieutenant Froment (1) les principales dispositions du règlement approuvé par le ministre de la guerre italien et de l'exécution duquel le général commandant le corps expéditionnaire reste maître absolu.

« Les correspondances ne pourront être rédigées qu'en » italien, en français et en anglais.

» Les correspondants ne pourront suivre les troupes » dans leurs opérations sans une permission spéciale du » commandant en chef. Ils seront soumis au Code pénal » militaire.

» Le commandant pourra expulser ceux qui transgres- » seraient les présentes prescriptions. Les permissions de » séjour pourront être temporairement suspendues par le » commandant en chef, s'il croit cette mesure requise par » l'intérêt des opérations militaires.

En réalité, conclut le lieutenant Froment, une censure préalable présidera aux correspondances expédiées en Italie, sans doute pour qu'on connaisse mieux la vérité.

Sont au contraire capturés et retenus comme prisonniers de guerre, toutes les personnes attachées à l'armée par des titres divers et qui contribuent au fonctionnement de ses organes. Tels sont notamment les officiers ou fonctionnaires chargés de l'administration de la police et de la justice, les membres de l'intendance, etc.

Bien qu'ils ne combattent pas, ils n'en constituent pas moins des adversaires dont l'ennemi a intérêt à supprimer l'action, puisque leur concours est utile aux combattants proprement dits (2).

(1) Froment, *Espionnage militaire*, p. 294.

(2) *Manuel français de droit internat.*, p. 37.

Des non-combattants prisonniers de guerre.

On ne peut refuser au commandant ennemi le droit d'arrêter les personnes « dont les services sont d'une utilité particulière à l'armée ennemie ou à son gouvernement ». En ce sens, article 50, alinéa 2 des *Instructions américaines*.

Les chefs de parti pourraient, par exemple, être faits prisonniers au même titre que les officiers de l'armée. Ils sont une force pour l'ennemi, il y a intérêt à s'emparer d'eux.

C'est ainsi qu'en octobre 1870, le colonel von Kahlden adressait une lettre au maire de Saint-Quentin. Il ordonnait à la commission municipale et à cinq autres notables de se rendre à un endroit désigné. Là il leur déclara qu'ils étaient prisonniers de guerre, tout en les laissant à la tête de la municipalité.

Des opinions manifestement hostiles autorisent à s'emparer de la personne de ceux qui les professent. (Bluntschli, art. 594, Remarque.)

F. — *Des espions.*

(Articles 23 à 26.)

La question de l'espionnage soulève, au nom de la logique, une controverse qui semble loin d'être réglée définitivement.

L'espionnage doit-il être envisagé comme un moyen immoral et illicite, auquel cas il faut le prohiber d'une façon absolue, ou doit-on, au contraire, le tenir pour un moyen nécessaire et licite et protéger alors l'espion « contre les impitoyables sentences et les procédés expéditifs de la justice militaire (1) » ?

(1) *Revue des Deux Mondes*, 1875. — Conférence de Bruxelles

Pour claire et précise que fût posée la question aux délégués de Bruxelles, il ne semble pas qu'ils aient pris souci de satisfaire à la logique. La Déclaration de 1874 ne prohibe pas l'espionnage et statue cependant que, pris, l'espion sera traité « d'après les lois en vigueur dans » l'armée qui l'a saisi ». (Art. 20, Bruxelles.)

Assurément des considérations contradictoires s'imposent dans l'examen de cette matière.

Il importe tout d'abord de distinguer les *espions* et les *traîtres*.

I

Les *traîtres* (1) sont ceux qui se rendent coupables de certaines infractions, commises sur le territoire ennemi par les habitants mêmes de ce territoire au préjudice des envahisseurs.

Pour les envahisseurs, il y a perfidie dès qu'une personne, traitée et respectée comme non-combattante, abuse de sa situation pour seconder clandestinement les hostilités poursuivies par son gouvernement.

« Les prohibitions établies à cet effet résultent si impérieusement de la nature des choses, — est-il écrit dans » le *Manuel français de droit international*, — qu'elles peuvent n'être pas expressément formulées. Chaque habitant » doit savoir qu'il s'expose à être puni s'il commet sciemment quelque acte nuisible aux occupants.

» À moins de dispositions spéciales édictées par l'autorité compétente, la peine de la trahison est la mort(2). »

(1) Nous ne traitons pas ici des trahisons commises par les nationaux ; les crimes de cette catégorie relèvent du droit public intérieur.

(2) Législation française : voir art. 63, 64, 205 et suivants du *Code de justice militaire*.

II

Nécessité de l'espionnage. — L'espionnage est un service nécessaire à la bonne conduite des armées et dont nul ne conteste aujourd'hui la grande utilité. Tous les écrivains, tous les professeurs des écoles militaires, tant françaises qu'allemandes, en reconnaissent la nécessité absolue et chacun y consacre de longues pages : von Rüstow et de Göltz, en Allemagne ; Fix, Derrécagaix et bien d'autres en France (1). Le général Lewal, dans un ouvrage considérable et fort complet sur la tactique des renseignements, insiste sur le service des renseignements en temps de guerre, sur l'espionnage. Il détermine, après Frédéric II et Napoléon I^{er}, des règles précises sur la nécessité, l'organisation et le recrutement des espions (2). « Tout général, » disait Napoléon I^{er}, « qui opère non dans le désert, mais » dans un pays peuplé et qui n'a pas d'informations, ne » sait pas son métier. »

L'emploi de l'espion à la guerre s'impose donc comme celui, en temps de paix, de l'ambassadeur « cet espion » distingué qui est sous la protection du droit des gens » (3). L'espionnage nous apparaît comme un moyen admis dans tous les temps, chez tous les peuples, un moyen soumis à des règles précises, un service licite en définitive. Le service des renseignements est l'application d'une sorte de science ayant ses règles, ses exemples, ses théoriciens et ses praticiens. « Recommander l'espionnage », écrivait avec raison le général Jomini, « paraîtra une œuvre impie aux » songe-creux philanthropes, mais je les prie de ne pas » oublier qu'il *s'agit d'épier les mouvements d'une armée et* » non de délation. »

(1) Lieutenant Froment, *Espionnage militaire*.

(2) Général Lewal, *Études de guerre*, 1881.

(3) Wicquefort.

Caractère de l'espionnage. — Tout en reconnaissant qu'un général remplit un devoir et se prépare de son mieux à la guerre en employant des espions, il faut avouer que, dans son application, ce service présente quelque chose de traître et de déloyal. Ce n'est plus le combat à visage découvert, à armes courtoises, comme on disait jadis; c'est l'adversaire qui guette, qui se glisse subrepticement dans vos lignes, qui essaye de pénétrer par des procédés clandestins vos desseins les plus intimes. Cet ennemi redoutable se dissimule sous l'apparence de l'habitant inoffensif, il revêt l'uniforme de votre armée, il sera même, s'il le peut, l'ami qui vous approche à toute heure et pour lequel il n'est point de secret; sa perfidie n'aura pas de borne et nanti du secret qu'il vous aura arraché, ses communications permettront à l'adversaire de prendre des dispositions capitales, voire même de préparer la victoire suprême. Pour le soldat, l'espion est le pire ennemi; il l'exècre; quand il le surprend, il est implacable, il lui donne presque toujours la mort.

Comment ne pas reconnaître que par certains côtés le métier d'espion ne soit avilissant. *Kant*, l'un des maîtres les plus écoutés du droit des gens, réprouve en temps de guerre non seulement l'assassinat et l'empoisonnement mais encore l'espionnage et les fausses nouvelles. Ce n'est pas que les espions professent des opinions criminelles, mais le déshonneur s'attache à un métier dont la pratique ordinaire est la perfidie. Ce caractère avilissant de la profession influe sur son recrutement. « Les espions, « on le reconnaît, sont pour la plupart des coquins », disait-on à Bruxelles; je ne sache pas qu'une protestation vigoureuse se soit élevée contre cette appréciation catégorique. L'intérêt se trouve être incontestablement le mobile de la plupart des espions. Ce sont généralement des déclassés qui trafiqueront sans vergogne des secrets qu'ils auront pu se procurer par tout moyen; ils s'ouvri-

ront au plus offrant; leur amitié n'est qu'une question de surenchère, c'est l'argent seul qui les attire.

C'est l'argent qui les attire et c'est la crainte d'un châtement exemplaire qui les éloigne. Le motif de la rigueur avec laquelle on sévit contre les espions est la nécessité d'éloigner de ce rôle tous ceux que l'intérêt, l'espoir des bénéfices à réaliser, pourraient y attirer. Bernadotte reconnaît, dans une de ses lettres à Berthier, que lorsque la coutume se montre impitoyable à l'égard des espions, on ne peut plus s'en procurer, « si ce n'est au poids de l'or » (1). La coutume de guerre a été souvent d'ajouter à la gravité de la peine, la honte d'un supplice infamant. « La peine de mort, dit Blunstchli, doit servir à » effrayer les espions et il est d'usage de les pendre ignominieusement (2). » En ce sens, l'article 88 des *Institutions américaines*, l'espion « pourra être pendu ».

Il faut reconnaître pourtant que parfois l'espion peut être un agent désintéressé. Il se présentera de bonne foi, par dévouement pour son pays, par haine de l'étranger. Sa mission ne s'inspirera pas de vils motifs; il croira au contraire remplir un devoir patriotique. Tel l'exemple de *Catinat*, se déguisant en charbonnier pour reconnaître l'état de la place de Luxembourg.

Le maréchal de camp Servet proposait à Bruxelles de faire une distinction entre l'espion qui agit par patriotisme et celui qui n'a d'autre mobile que le lucre. Il lui semblait injuste que le dernier supplice leur fût également applicable et demandait que la peine de mort fût supprimée en faveur des espions qui ont obéi au devoir; la peine de mort est hors de toute proportion avec le crime; l'emprisonnement suffit. Il ne paraît pas que la distinction qu'il posait ait été prise en grande considération. En principe

(1) Lieutenant Froment, *Espionnage militaire*, p. 213.

(2) Bluntschli, art. 628, Remarque.

le droit des gens persiste à ne pas établir de distinction entre l'espion qui obéit à l'intérêt ou à toute autre passion vile et celui qui agit par patriotisme (1). En fait, constate Bluntschli, l'usage est devenu moins barbare ; l'on se contente souvent de ne condamner certains espions qu'à la réclusion ou à d'autres peines analogues. C'est ainsi que, dans l'espèce actuelle, la loi française qui décrète la peine capitale, laisse au juge la faculté d'admettre des circonstances atténuantes. Elle se trouve donc être, dans son application générale, relativement douce (2), même lorsqu'il s'agit d'individu non militaire.

Les prescriptions de l'autorité allemande, en 1870, étaient beaucoup plus rigoureuses. La *Gazette de Francfort* du 17 août déclarait que « toutes personnes qui, sans » appartenir à l'armée française, serviront d'espions à » l'ennemi, seront condamnées à mort et *exécutées de* » *suite* sans qu'il soit possible d'admettre aucune atté- » nuation en leur faveur ». Ce procédé aussi expéditif qu'implacable présentait tous les abus d'une justice trop sommaire. Cet excès de rigueur a été beaucoup blâmé (3).

Les délégués de Bruxelles ont tenté de proscrire pour l'avenir des mesures que le sénateur Le Verrier qualifiait avec raison de « sauvages ». L'article 20 exige que « *l'espion pris sur le fait soit jugé* et traité d'après les lois en vigueur dans l'armée qui l'a saisi ».

De même l'Institut de droit international, se souvenant de la conduite de nos ennemis en 1870, pour prévenir les abus auxquels donnent lieu trop souvent, en temps de guerre, les accusations d'espionnage, proclame bien haut que :

(1) En ce sens, *Manuel français de droit international*, p. 34.

(2) Art. 198 du Code de justice militaire.

(3) Rolin-Jaequemyns, *Revue de droit internat.*, 1871, p. 669.

ART. 25, *Oxford*. — Aucun individu accusé d'espionnage ne doit être puni avant que l'autorité judiciaire ait prononcé sur son sort.

Donc l'espion ne peut être frappé ni puni sans jugement préalable. Excellente mesure destinée à prévenir la tendance qui fait présumer trop facilement l'espionnage en temps de guerre. « Dans la guerre de 1866, les » Allemands du Sud voyaient des espions de tous les » côtés, et une foule de personnes innocentes, ont subi » les conséquences fâcheuses de cette monomanie. Il en » a été de même en France, en 1870, à l'égard des particuliers allemands et mêmes neutres (1). »

Le caractère essentiel de l'espionnage, nous l'avons dit, consiste dans la dissimulation du dessein poursuivi. Aussi l'article 19 de Bruxelles, par la forme négative qu'il emploie, blâme implicitement l'extension du grief d'espionnage à tout fait, ou opération non dissimulés.

ART. 19, *Bruxelles*. — « Ne peut être considéré comme » espion que l'individu qui, agissant clandestinement ou » sous de *faux prétextes*, recueille ou cherche à recueillir » des informations dans les localités occupées par l'ennemi, avec l'intention de les communiquer à la partie » adverse. »

Le lieutenant Froment emprunte des exemples de faux prétextes à l'antiquité. En matière d'espionnage, les deux grands moyens consistaient à feindre de maltraiter gravement un parent ou un intime du général, passant comme transfuge dans le camp ennemi, ou à s'y présenter accompagné d'officiers déguisés en porteurs ou en esclaves. Il indique, pour le temps présent, le fait de s'engager dans

(1) Bluntschli, art. 629, Remarque.

la légion étrangère. Évidemment, dit-il, il pourrait y avoir là un grand danger.

M. Moynier, dans une étude des décisions de la Conférence de Bruxelles, proposée par l'Institut de droit international, voulait qu'on supprimât cet article 19. Suivant lui, il n'importe pas de déterminer *qui est espion*, mais il suffit de préciser *qui ne sera pas pris pour espion!*

Son avis semble avoir prévalu dans les décisions d'Oxford pour la rédaction des articles 23 et 24.

ART. 23, *Oxford*. — Les individus capturés comme espions, ne peuvent exiger d'être traités comme les prisonniers de guerre...

mais,

ART. 24, *Oxford*. — On ne doit pas considérer comme espions, les individus appartenant à l'une des forces armées belligérantes et non déguisés, qui ont pénétré dans la zone d'opération de l'ennemi — non plus que les messagers, porteurs de dépêches officielles, accomplissant ouvertement leur mission, et les aéronautes.

L'espion ne peut être poursuivi et puni que s'il est pris sur le fait.

L'hypothèse fut soulevée par M. Lambermont. Il demanda quel sort serait fait à l'habitant d'une zone non occupée qui serait allé aux renseignements, si, plus tard, il tombait avec sa localité aux mains de l'ennemi. Il fut répondu qu'il ne serait pas puni. De même du militaire qui rejoint son corps après avoir fait acte d'espionnage; s'il tombe plus tard aux mains de l'ennemi, il ne saurait être inquiété pour des actes antérieurs (1). En ce sens, M. Renault à son cours : Un espion retrouvé plus tard ne

(1) ART. 21, Bruxelles.

peut être puni. La solution est différente à l'égard de celui qui commet un acte immoral en lui-même. Tel le Français qui se rend coupable d'espionnage contre la France. On pourrait toujours lui en demander compte, de par le droit pénal ordinaire.

ART. 26, *Oxford*. — L'espion qui réussit à sortir du territoire occupé par l'ennemi, n'encourt, s'il tombe plus tard au pouvoir de l'ennemi, aucune responsabilité pour ses actes antérieurs.

G. — *Des parlementaires.*

C'est par le parlementaire que s'engagent ordinairement les pourparlers qui précèdent les conventions militaires. La loyauté scrupuleuse, la bonne foi imposée par l'*article 5 d'Oxford* dans l'observation des contrats militaires s'applique naturellement au traitement et au respect du parlementaire qui sert d'intermédiaire et prépare l'entente des belligérants.

Le parlementaire est une personne déléguée par l'un des belligérants pour entrer en pourparlers avec l'autre. Il se présente sous la sauvegarde du drapeau blanc et peut être accompagné d'un clairon ou tambour, d'un portedrapeau, guide ou interprète.

ART. 27, *Oxford*. — Est considéré comme parlementaire et a droit à l'inviolabilité, l'individu autorisé par l'un des belligérants à entrer en pourparlers avec l'autre, et se présentant avec un drapeau blanc.

ART. 28, *Oxford*. — Il peut être accompagné d'un clairon ou d'un tambour, d'un portedrapeau, et même, s'il y a lieu, d'un guide et d'un interprète, qui ont droit aussi à l'inviolabilité.

De même l'article 43 de Bruxelles.

Le parlementaire et ses assistants sont donc invio-

lables (1). C'est un privilège qui leur a été reconnu dans tous les temps et dans tous les lieux. « La nécessité de cette prérogative, » nous dit le préambule de l'*article 29 d'Oxford*, « est évidente. Elle s'exerce d'ailleurs fréquemment dans l'intérêt de l'humanité. »

On ne peut donc user de violence à l'égard des parlementaires, tirer sur eux, sans méconnaître gravement les lois de la guerre.

Le maréchal de Moltke a manifesté à plusieurs reprises une médiocre confiance dans l'efficacité du *Manuel d'Oxford*. Il assure que la reconnaissance, même par les gouvernements, des règles qui s'y trouvent formulées, ne suffira pas pour en assurer l'exécution. Il cite comme exemple, d'un point non douteux de la coutume de guerre, la prohibition de tirer sur un parlementaire. « Or, dit-il, » cette règle a été violée maintes fois dans la dernière campagne, comme elle l'a été dans toutes les guerres. »

Le feld-maréchal exagère et confond des situations bien différentes. Il y aura sans doute dans toutes guerres, des soldats ignorants ou maladroits qui feront feu sur des parlementaires ; ou bien encore une balle perdue viendra frapper dans le feu de la bataille, celui qui s'avanceit sous la sauvegarde du drapeau blanc. Mais « s'il n'y a pas » eu mauvaise foi, si le tout n'est qu'un déplorable accident, on ne peut faire à l'ennemi un crime de la mort » du parlementaire (2) ». On se trouve en face d'une fatalité inexorable que nulle prescription ne peut détourner. Il importera cependant de faire une enquête sincère

(1) Ne pas exagérer la comparaison entre le parlementaire et l'agent diplomatique. Celui-là a l'immunité de juridiction ; le parlementaire, au contraire, peut être retenu ; on peut le poursuivre comme traître, espion.

(2) Bluntschli.

pour établir que l'acte incriminé a une cause accidentelle.

On convient d'ailleurs sans contestation, qu'il n'y a pas obligation de suspendre le feu, lorsque l'adversaire arbore le drapeau parlementaire. Le moment peut être décisif ; une suspension du combat pourrait compromettre la victoire ou paralyser la poursuite. On peut donc refuser de recevoir un parlementaire ou, s'il est admis, continuer la lutte malgré les négociations. Cette restriction à la prérogative du parlementaire est nécessitée par l'intérêt de la partie adverse.

ART. 29, *Oxford*. — Le chef auquel un parlementaire est expédié, n'est pas obligé de le recevoir en toutes circonstances.

L'article 44 de Bruxelles (*in fine*), allait plus loin, et s'inspirant des usages modernes de la guerre autorisait formellement un chef de corps à déclarer qu'il ne recevra pas de parlementaire pendant un temps déterminé. Les parlementaires qui se présenteraient malgré cette notification perdent leur droit à l'individualité.

Cette clause n'était pas prévue au projet primitif. On combla cette lacune sur l'observation du général de Voigt-Rhets. Il fit remarquer que les nécessités de la défense exigent souvent que l'on prenne cette résolution, dans des circonstances critiques, notamment pendant la retraite d'une armée.

Un autre militaire, le colonel Staaf, fit ressortir la gravité du refus de recevoir des parlementaires. « Le parlementaire est la suprême ressource des armées aux abois » et des populations en détresse. » Si donc le refus s'impose quelquefois, il importe cependant de limiter le temps pendant lequel l'ennemi pourrait user de cette faculté.

M. de Landa a participé comme membre espagnol aux

travaux d'élaboration du *Manuel d'Oxford*. Il a tenté d'y faire prévaloir les idées du colonel Staaf. Suivant M. de Landa, un chef d'armée ne peut pas plus déclarer d'avance « qu'il ne recevra pas de parlementaires pendant un temps déterminé » qu'un gouvernement déclarer qu'il ne recevra pas de propositions de paix.

Le Hollandais Denbeer-Portugaël prétendait au contraire que la faculté de refuser doit être admise, par exemple quand l'armée fait un mouvement secret ou quand les parlementaires ont abusé de leur fonction (1).

Les savants d'Oxford ne se sont pas prononcés ; ils s'en sont tenus à la généralité (2).

Le chef qui reçoit un parlementaire est naturellement autorisé à prendre des précautions pour que sa présence dans les lignes ne lui occasionne aucun préjudice. On pourrait le recevoir la nuit, lui bander les yeux pour qu'il n'observât pas au passage. On pourrait même le retenir provisoirement s'il surprenait des renseignements importants.

ART. 30, *Oxford*. — Le chef qui reçoit un parlementaire a le droit de prendre toutes les mesures nécessaires pour que la présence de cet ennemi dans ses lignes ne lui cause pas de préjudice.

D'ailleurs « par application des principes généraux de l'article 4 d'Oxford », dit le préambule de l'*article 31*, « le » parlementaire lui-même et ceux qui l'accompagnent » doivent se comporter loyalement envers l'ennemi qui » les reçoit » (art. 4). Le parlementaire qui abuserait de

(1) *Revue de droit internat.*, Appréciation de la Conférence de Bruxelles.

(2) Denfert, à Belfort, avait déclaré ne vouloir plus recevoir de parlementaires allemands. Il leur reprochait d'avoir laissé des journaux pour démoraliser la défense.

sa situation privilégiée pour provoquer ou commettre un acte de perfidie, perdrait ses droits à l'inviolabilité, il serait traité comme traître ou espion.

ART. 31, *Oxford*. — Si un parlementaire abuse de la confiance qu'on lui accorde, on peut le retenir temporairement, et s'il est prouvé qu'il a profité de sa position privilégiée pour provoquer une trahison, il perd son droit à l'inviolabilité.

Section II. — Règles de conduite à l'égard des choses.

A. — *Des moyens de nuire.*

Ce ne sont pas seulement les personnes que les lois de la guerre protègent contre les rigueurs excessives ou inutiles, mais aussi les biens. Les belligérants doivent éviter toute destruction qui n'est pas absolument nécessaire.

ART. 32, *Oxford*. — Des ménagements sont commandés par la règle qui veut qu'on s'abstienne de rigueurs inutiles (art. 4), c'est à ce titre que

Il est interdit :

- a) De piller, même les villes prises d'assaut ;
- b) De détruire les propriétés publiques ou privées quand cette destruction n'est pas commandée par une impérieuse nécessité de guerre ;
- c) D'attaquer et de bombarder les localités qui ne sont pas défendues.

Le pillage, comme le disposait l'article 39 de la Déclaration de Bruxelles, est formellement interdit.

Par pillage nous entendons, avec le baron Jomini, le *butin non permis* ; « car, dit-il, il y a un butin permis sur » le champ de bataille, par exemple celui qui a pour objet » les chevaux, les munitions, les canons... ».

Cette prohibition du pillage, formelle mais générale, ne

parut pas suffisante aux délégués. Ils crurent nécessaire de la formuler à nouveau pour le cas spécial d'une ville prise d'assaut.

ART. 18, *Bruxelles*. — « Une ville prise d'assaut ne doit » pas être livrée au pillage des troupes victorieuses. »

Ils agissaient pertinemment en insistant sur ce point. Ils avaient en mémoire tout un passé inquiétant. Ils savaient qu'autrefois et dans notre siècle encore les assiégeants oublient souvent que ce ne sont pas les particuliers qui font la guerre. L'autorité supérieure commet l'injustice barbare d'autoriser le pillage de la ville assiégée pour exciter l'ardeur des soldats et briser la résistance opiniâtre de l'ennemi. Les délégués de Bruxelles voudraient proscrire à tout jamais cette pratique d'un autre âge (1).

(1) Une des scènes de sauvagerie les plus incompréhensibles, les moins dignes d'excuse de notre époque, c'est le sac du palais d'Été par les armées anglaise et française réunies. — Le palais d'Été renfermait les œuvres les plus remarquables de l'art étrange, original, ingénieux, qui avait signalé les époques les plus florissantes de la Chine. Nous y entrons sans coup férir, sans résistance aucune; les Tartares et la cour impériale s'étaient retirés devant nous. Et cependant, sans aucun motif, sans aucun souci de l'honnêteté et du droit des gens, on s'empare des objets les plus précieux, d'après l'ordre des généraux français et anglais pour les offrir, les uns à l'impératrice, les autres à la reine d'Angleterre. « Le reste », dit Henri Martin, » fut livré à un pillage universel. On déchira, on brisa » ce qu'on ne pouvait emporter. On devait bientôt faire pis encore. »

En effet, le plénipotentiaire anglais lord Elgin et le général Grant, pour venger les traitements cruels infligés à nos parlementaires, ordonnent l'incendie et l'entière destruction du palais d'Été.

On doit dire à l'honneur de la France que son plénipotentiaire et le général français refusèrent de s'associer à cet acte d'inconcevable barbarie par laquelle on prétendait punir une conduite perfide et barbare.

Cet épisode jette un voile sombre sur la campagne de Chine. Le comte d'Hérissou, dans des *Mémoires* parus récemment, établit

Nos mœurs ne supportent plus semblable méfait. Nul ne conteste aujourd'hui que le pillage ne doive être absolument et toujours interdit. Le colonel von Rüstow lui-même, théoricien brutal par excellence, s'incline devant cette prohibition. Les considérations dont il s'inspire, relèvent, il est vrai, moins de la moralité que de l'utilité pratique.

Si la coutume de guerre actuelle repousse complètement le pillage, ce n'est pas, pense-t-il, parce que cette spoliation violente et plus ou moins organisée des lieux habités, constitue une injustice. Elle s'inspire uniquement des motifs de convenance « parce qu'une troupe à laquelle le » pillage a été quelquefois permis, perdra bientôt la discipline militaire... et que, préoccupés de conserver le » fruit de leurs rapines, les soldats ne se soucieront plus » de porter leur peau au marché ».

Le procédé du pillage et de la destruction a été — faut-il le reconnaître — employé fréquemment en Algérie, par nos corps expéditionnaires. L'armée d'Afrique vivant au milieu des indigènes, composée en grande partie d'Arabes et de Kabyles, avait pris insensiblement leurs mœurs et coutumes de guerre (1).

Nos zouaves étaient passés maîtres dans les pratiques

d'ailleurs, pour l'honneur de la France, que toute la responsabilité du méfait doit être rejetée sur le compte des généraux anglais.

(1) L'historiographe Émile Carrey trouve tout naturel que nous appliquions aux Kabyles, dans l'expédition de 1857 les beaux principes du droit des gens kabyles, principes qui consistent à brûler, piller, saccager l'ennemi. Il nous fait assister, par une description pleine de verve, au pillage, à la destruction et à l'incendie d'Ain-el-Hassem et les villages Yenni. On y voit chaque race piller et détruire à sa manière ou suivant ses besoins. Les nôtres ne recherchent que le butin qui se mange ou qui s'emporte aisément. Nos alliés les Kabyles — des vaincus de la veille — reconstituent leur mobilier au détriment de leurs frères : ils chargent leur mulet tant que la bête peut en porter ! Quand chacun est satisfait, on met le feu ; puis l'incendie se propage. « Tout se fait en riant, à travers des propos

destructives. Comme les Kabyles, ils n'avaient qu'un respect, celui des *arbres*, cultivés ou sauvages. Ils se pénétraient même des subtilités de ce droit primitif, et apprenaient à distinguer les arbres à dure moelle, à longue venue, l'olivier par exemple — des arbres à essence molle, à pousse rapide comme le figuier. Jamais ils ne s'attaquaient à l'olivier, mais lorsque leur coudrier était grand, ils allaient jusqu'à couper les tamarisques, les lauriers-roses et même les figuiers (1).

La *destruction des arbres* est assurément une des pratiques les plus condamnables de la guerre sauvage. L'incendie des habitations, les dévastations des cultures atteignent sans doute l'individu dans sa fortune privée. Mais le fléau de la guerre une fois disparu, les maisons — l'histoire nous l'apprend — se relèvent comme par enchantement et le sol repousse une moisson luxuriante. Ce n'est, par contre, qu'après de longues années que le chêne fournira du combustible, que le cep portera le raisin et que l'arbre donnera à nouveau le fruit nécessaire à notre nourriture.

Le moyen âge oublia souvent cette distinction. Il fut implacable dans la réalisation du but de la guerre que

» joyeux, sans but, sans haine, sans colère; chacun travaille pour
» son compte, pour prendre sa part de plaisir et de destruction. »

Tout cela est charmant! Carrey oublie seulement de dire que le grand honneur du maréchal Randon est d'avoir — vainement il est vrai — donné l'ordre d'éteindre l'incendie.

(1) Le colonel Trumelet, dans sa monographie de *Blidah*, rapproche cette pratique curieuse du culte des anciens pour les arbres. L'antiquité païenne appréciait la valeur de l'ombre et de la verdure. Elle avait placé les arbres sous la protection de la religion en établissant, comme *article de foi*, que la destinée des Hamadryades dépendait de certains de ces arbres.

Cependant, les Hellènes abattaient parfois les oliviers du territoire ennemi. Un certain Magasthène leur en fait grand reproche et vante par contre les Hindous qui ménageaient en guerre les plantations des paysans.

l'on croyait être de nuire par tous les moyens à l'ennemi. On détruisait alors tout ce qui appartenait à cet ennemi.

Plus tard les usages de la guerre s'adoucirent. Laurent (1) relève comme un fait glorieux pour la France, le traité conclu en 1552 par le maréchal de Brissac avec les Espagnols, pour protéger les plantations d'arbres contre la fureur des soldats. On reconnaissait donc des limites à la destruction.

Cependant le principe de dévastation insensée, de destruction infernale devait encore prévaloir en Europe. On le vit se déchaîner pendant la guerre de Trente Ans. Waldstein en fut le grand instigateur. Il avait imaginé d'organiser des troupes permanentes sans qu'il en coûtât rien à la cour impériale. La guerre devait nourrir la guerre. Le rançonnement et le pillage devenaient le procédé normal « de ces braves gens ». Le sac de Magdebourg, ordonné en 1631 par Tilly, est un des faits d'armes caractéristiques de l'époque (2).

La dévastation sauvage et systématique du Palatinat, en 1689, souille d'une tache ineffaçable le règne de Louis XIV. Elle fut accomplie par le maréchal de Duras, sur l'ordre spécial de Louvois, dont le plan était de ravager le pays à une grande distance de manière à opposer un désert à l'ennemi.

Louvois donna d'abord l'ordre de ravager le Wurtemberg jusqu'au Danube (novembre et décembre 1688).

(1) Tome X, p. 387.

(2) Magdebourg fut emporté d'assaut le 30 mai. Une population de trente mille âmes, hommes, femmes, enfants, vieillards, fut tout entière égorgée par les Impériaux ; la ville incendiée ensevelit ses habitants sous ses ruines fumantes. — Le vainqueur, dans l'exaltation de sa joie infernale, comparait lui-même le sac de Magdebourg aux grandes destructions de Troie et de Jérusalem.

« Cet ordre exécuté, il donna celui de détruire le château » et la ville d'Heidelberg. Quatre cent trente-deux maisons, livrées aux flammes, s'effondrèrent ou éprouvèrent d'énormes dégâts ». (DARESTE.)

Et cependant, quelques jours après, Louvois, furieux qu'on n'eût pas « entièrement brûlé et abîmé » Heidelberg, ordonna qu'on ne se contentât pas de brûler Manheim, mais qu'on le démolît pierre à pierre.

L'œuvre de dévastation s'étendit sur tout le Palatinat et le territoire des trois électeurs ecclésiastiques. « De sinistres lueurs d'incendie éclairèrent le passage des troupes françaises. On coupa les arbres, les vignes. On renversa les palais, les temples, les couvents, les hôpitaux. Le château de l'électeur palatin à Heidelberg, qui, au dire de madame de La Fayette, avait l'air grand et méritait des égards, fut détruit comme le reste. A Manheim, les pierres mêmes des ruines furent jetées dans le Rhin...

» Worms, Bingen, Oppenheim, Spire, furent brûlés. Le feu n'épargna ni les églises ni les palais. Tout, disent les mémoires du temps, fut brûlé et rebrûlé. La cathédrale de Spire renfermait les tombeaux de huit empereurs; les tombeaux furent détruits et les cendres qu'ils contenaient jetées au vent. » (DARESTE.)

Quel fut le résultat de cette politique cruelle, indigne? L'histoire se charge de nous l'apprendre.

« Cent mille malheureux, chassés de leurs maisons en flammes, demandèrent vengeance à l'Allemagne, à l'Europe entière et soulevèrent contre le grand roi une indignation plus générale encore que n'avaient fait les réfugiés huguenots. » (HENRI MARTIN.)

Les pays Rhénans ont voué à la France un implacable ressentiment; il s'alimente sans cesse au spectacle de

ruines qui subsistent encore, document impérissable de la cruauté de nos pères. Des légendes ont subsisté dans bien des villages sur les cruautés et carnages de cette époque. On les raconte au voyageur étonné avec la précision — la passion même — d'événements accomplis dans un passé plus récent ; on en fixe la mémoire par des monuments commémoratifs.

On a prétendu qu'au cours de la guerre Franco-Allemande de 1870, les contingents de cette région s'étaient montrés nos ennemis les plus acharnés.

Ces barbaries furent encore expiées d'une autre manière. Darestes nous l'apprend.

« On ne put empêcher les troupes qui détruisaient les » villes du Palatinat de les mettre au pillage. Telle » furent après ces exécutions la licence et l'indiscipline » des armées, que Louvois s'en montra sérieusement » inquiet. »

Voilà certes un fait qui corrobore la théorie militaire émise par le colonel von Rüstow sur la *convenance*, l'*utilité pratique* de la prohibition du pillage dans les armées modernes.

Nous sommes loin aujourd'hui de semblables procédés. Aucun des délégués à la Conférence de Bruxelles n'a eu l'idée de développer la théorie de Louvois sur le *droit au ravage* « pour faire le désert ». On a résolument repoussé cette fausse notion du droit de la guerre qui permet *tout ce qui nuit à l'ennemi*. Le droit de la guerre n'autorise que la destruction de ce qui sert directement à la guerre, et dans la stricte mesure de la nécessité (1).

(1) ART. 13, *Bruxelles*. — Est interdit :

a) Toute destruction ou saisie de propriétés ennemies qui ne serait pas impérieusement commandée par la nécessité de guerre.

B. — *Du bombardement.*

(Articles 33-34.)

Sa légitimité. — Les lois de la guerre reconnaissent nécessairement au belligérant, le droit de réduire par la force les villes ennemies qui ne se soumettent pas de plein gré (1).

Pour atteindre le but, l'assiégeant a le droit absolu de procéder à l'investissement, d'interdire toute communication avec le dehors, de s'opposer au ravitaillement de la ville assiégée. Le bombardement lui-même devient légitime, s'il y a impossibilité absolue d'atteindre par d'autre moyen la reddition du point attaqué.

En ce sens, Vattel, livre III, chapitre ix, paragraphe 169 : « Détruire une ville par les bombes et les » boulets rouges est une extrémité à laquelle on ne se » porte pas sans de grandes raisons. Mais elle est autorisée cependant par les lois de la guerre, lorsqu'on » n'est pas en état de réduire autrement une place importante de laquelle peut dépendre le succès de la guerre, » ou qui sert à nous porter des coups dangereux. »

Le préambule de l'article 33 d'Oxford s'inspire de ces considérations pratiques. Il laisse intact le droit de l'assiégeant et se borne à lui indiquer quelques tempéraments d'humanité :

Si l'on ne conteste pas aux belligérants le droit de recourir au bombardement contre les forteresses et autres lieux dans lesquels l'ennemi s'est retranché, des considérations d'humanité exigent que ce procédé de coercition soit entouré de quelques tempéraments, qui en restreignent autant que possible les effets à la force armée ennemie et à ses moyens de défense.

Les membres de l'Assemblée d'Oxford déterminent

(1) En ce sens : *Manuel français de droit international*, p. 20.

alors dans quelles conditions le bombardement est et demeure légitime.

Ils ne prennent pas la peine de distinguer, comme à la Conférence de Bruxelles, s'il est dirigé contre une *place forte*, une *ville non ouverte* ou une *ville ouverte*. La distinction manque d'utilité. La question n'est pas de savoir si une ville est ouverte, mais si elle est défendue. « On a » quelquefois soutenu, » écrit M. Bernard (1), « qu'il est » *contraire* aux lois de la guerre de défendre une ville » ouverte, mais jamais, pour autant que je sache, qu'il » est illégal d'assiéger une ville défendue et de recourir » pour s'en emparer à l'assaut ou au feu vertical. » — Saragosse était une ville ouverte, lors de son siège historique; il a bien fallu recourir à une attaque, à un bombardement pour triompher de sa résistance.

Le *Manuel d'Oxford* établit donc tout simplement l'interdiction du bombardement pour *les localités qui ne sont pas défendues*.

ART. 32, *Oxford*. — c) Le bombardement est légitime contre :

1° La *place forte* qui ferme ses portes ;

2° Contre la *ville non ouverte*, c'est-à-dire, suivant la définition posée à Bruxelles : « Toute ville qui se trouve à proximité » d'une forteresse et concourt à sa défense » ;

3° Contre la *ville ouverte* qui se met en état de défense, soit que l'armée que l'on combat s'y renferme, soit que les habitants se retranchent et s'opposent à l'entrée des troupes ennemies.

C'est ce que décide également, mais d'une façon moins explicite, la Déclaration de Bruxelles le 18 septembre (2).

(1) Par exemple au siège de Breslau par les Autrichiens ; sous le maréchal Landon (1760).

(2) ART. 15. *Bruxelles*. — Les places fortes peuvent seules être assiégées. Des villes, agglomérations d'habitations ou villages ouverts qui ne sont pas défendues ne peuvent être attaqués ni bombardés.

De l'avertissement. — Y a-t-il lieu d'imposer au commandant des troupes assaillantes, l'obligation absolue d'informer les autorités de la ville du bombardement projeté ?

La question fut très controversée à Bruxelles. On a soutenu que le droit des gens imposait l'obligation stricte de faire précéder d'un avertissement le bombardement d'une place assiégée. N'est-il pas nécessaire, disait-on, avant de procéder à une opération dont les conséquences sont si cruelles, de s'assurer des dispositions de ses défenseurs, de les inviter à se rendre ? L'avertissement serait une façon d'ultimatum.

Les militaires au contraire, et avec eux le général de Voigt-Rhets, voulurent réserver à l'attaque le *bénéfice de la surprise* : On ne doit donc être tenu de prévenir que dans la limite du possible.

L'article 16 de Bruxelles, laisse percer cette *vague obligation* de l'avertissement.

ART. 16, *Bruxelles*. — « Mais si une ville ou place de » guerre, agglomération d'habitations ou de villages, » est défendue, le commandant des troupes assaillantes, » avant d'entreprendre le bombardement et sauf l'attaque » de vive force, *devra faire tout ce qui dépend de lui* pour » en avertir les autorités. »

De même l'article 33 d'Oxford :

ART. 33, *Oxford*. — Le commandant des troupes assaillantes doit, sauf le cas d'attaque de vive force, faire, avant d'entreprendre un bombardement, *tout ce qui dépend de lui* pour en avertir les autorités locales.

LIEBER s'inspire de semblables considérations pratiques.

ART. 19, *Instructions américaines*. — « Le commandant » des assiégeants, *toutes les fois qu'il le peut*, informe les » assiégés de son intention de bombarder la place afin

» que les non-combattants, et surtout les femmes et les
» enfants, puissent chercher un abri avant l'ouverture du
» bombardement. Toutefois *ce n'est pas enfreindre les lois*
» *de la guerre* que d'omettre cette formalité. La surprise
» peut être commandée par la nécessité. »

BLUNTSCHLI reconnaît aussi, dans son article 354, qu'il est d'usage que l'assiégeant annonce, lorsque cela lui est possible, son intention de bombarder la place. C'est un devoir d'humanité. C'est seulement dans les cas les plus urgents qu'une attaque subite, combinée avec un bombardement immédiat, peut paraître autorisée à titre de nécessité militaire.

GEFFCKEN est plus catégorique. Il déclare que l'avertissement n'est jamais de rigueur. Le feld-maréchal DE MOLTKE partage cette opinion. Il y fait allusion dans sa lettre « sur l'opportunité d'une codification des usages de la guerre ». — « D'autres exigences du *Manuel* prèteraient à la critique, » dit-il, « sans l'intercalation des mots *si les circonstances le permettent, et s'il se peut* ».

Le feld-maréchal est imbu de la théorie qu'a fait prévaloir le grand état-major allemand dans la guerre de 1870, théorie qui fut formulée par dépêche officielle du comte de Bismarck, à M. Kern, ministre de Suisse à Paris et doyen du corps diplomatique, en réponse aux réclamations du corps diplomatique contre le bombardement de Paris *sans dénonciation* : « En réservant aux gouvernements de
» Votre Excellence et de Messieurs vos cosignataires,
» l'initiative d'un examen plus approfondi de la question
» théorique, je me borne à maintenir que la *dénonciation*
» préalable d'un bombardement n'est point exigée d'après
» les principes du droit des gens, ni reconnue comme
» obligatoire par les usages militaires. »

Les Allemands, en 1870-1871, ont procédé à vingt-deux

sièges. Ils se sont toujours abstenus de la dénonciation préalable. Ils l'ont fait par système, sans avoir l'excuse du « cas d'attaque de vive force », puisqu'ils n'ont pas livré un seul assaut. A la Fère, par exemple, la ville était investie depuis quinze jours, lorsque les batteries prussiennes ont subitement procédé au bombardement. Ils ont voulu, au moyen de ce bombardement imprévu, augmenter la démoralisation commencée dans la place, et hâter ainsi la capitulation.

A Paris l'investissement s'accomplissait depuis trois mois. La restauration de l'empire germanique venait d'être proclamée, le 8 janvier 1871, dans la galerie des Glaces, à Versailles, « avec un cérémonial à la fois militaire et féodal, qui rappelait l'époque sinistre de la » guerre de Trente Ans (1) ». Subitement éclatent le bombardement de Paris et l'incendie de Saint-Cloud : c'était l'inauguration du nouvel empire. L'empereur allemand donnait une forme et un symbole à l'âge de fer et de feu ouvert par la guerre de 1870. « Ces dates, » juge Henri Martin, « ne sauraient être séparées dans » l'histoire (2). »

A *Belfort*, cependant les choses se passèrent un peu différemment. Le général von Treskow, chargé de l'investissement et du siège adressa au commandant français « une lettre assez singulière (3) ». « Je vous laisse à juger »,

(1) Albert Sorel.

(2) Les généraux français n'ont jamais, dans ce siècle, procédé à un bombardement sans employer la formalité de l'*avertissement*. En ce sens, la pratique suivie par le maréchal Gérard à *Anvers* en 1838, par Oudinot à *Rome* en 1849, et devant *Sébastopol*, en 1855.

Le *Manuel français de droit international*, tout en reconnaissant que de droit des gens n'impose pas l'obligation stricte de faire précéder d'un avertissement le bombardement d'une place assiégée, dispose que « l'assiégeant ne doit pas, sans des motifs d'une gravité particulière, négliger l'accomplissement de ce devoir d'humanité ». (Page 21.)

(3) Henri Martin.

disait-il, « s'il ne conviendrait pas d'éviter à la ville toutes » les horreurs d'un siège, et si votre conscience, votre » devoir ne vous permettraient pas de me livrer la forte- » resse dont vous avez le commandement. »

Denfert répondit spirituellement qu'en pesant dans sa conscience les raisons développées par le général ennemi, il trouvait que « la retraite de l'armée prussienne était le » seul moyen de concilier l'honneur et l'humanité, pour » éviter à la population de Belfort les horreurs d'un » siège ».

Objectif du bombardement. — On se demande s'il n'y aurait pas lieu de déclarer, *comme règle absolue*, qu'en cas de bombardement d'une ville fortifiée, le feu de l'artillerie sera exclusivement dirigé contre les forts et non contre les habitations privées, appartenant à des citoyens inoffensifs ?

La Conférence de Bruxelles fut amenée à se prononcer sur cette question à la suite de la communication par M. Lambermont d'une pétition adressée au gouvernement belge par les habitants d'Anvers.

On y exprimait le regret de voir autoriser « la destruction de propriétés privées » qui abritent une population inoffensive. Elle se terminait en demandant « qu'il fût » admis, comme un principe d'humanité, qu'on ne puisse » bombarder les quartiers de villes même fortifiées ».

Le général de Voigt-Rhets s'éleva contre semblables propositions. Il insista pour qu'il fût acté au protocole que, le bombardement étant un des moyens les plus efficaces pour atteindre le but de la guerre, il était impossible de satisfaire au désir des intéressés.

Les articles 17 de Bruxelles et 34 d'*Oxford* s'inspirant des exigences militaires, reconnaissent implicitement pour l'assiégeant la faculté de diriger le bombardement sur l'intérieur de la ville, sur les quartiers habités par la popu-

lation civile. Il semble en effet que ce soit un droit indispensable. Si l'intérieur d'une ville était à l'abri de toute attaque, la garnison en profiterait. Il y aurait une situation défavorable faite à l'assiégeant.

Cependant on doit reconnaître que jusqu'à ces temps derniers, le bombardement était, en général, dirigé contre les remparts et autres travaux de défense ; on se proposait de détruire ces ouvrages, de les rendre intenable et de faciliter l'assaut. Ce procédé évite ce qu'il y a d'inhumain à jeter la mort et la ruine au sein d'une population inoffensive. La France s'honore de l'appliquer. En 1838, lors du bombardement de la Vera Cruz, nos projectiles n'ont été dirigés que sur le fort de Saint-Jean d'Ulloa. De même en 1856, nous battions en brèche la redoute Malakoff, et la ville de Sébastopol n'avait rien à redouter de nos canons.

Les Allemands, au contraire, en 1870, ont appliqué « l'exécrable système de siège qui consiste non pas à détruire les fortifications, mais à incendier l'intérieur des » villes, afin d'affoler les habitants et de les soulever contre « leurs garnisons ». (HENRI MARTIN.)

Leur objectif, le but à battre, si l'on peut s'exprimer ainsi, c'était *le moral des habitants*. C'est lui qu'on se proposait d'atteindre par l'effroi du bombardement. Le général de Werder s'imaginait, sous Strasbourg, que ses bombes incendiaires détermineraient la population assiégée à se soulever contre la garnison pour se livrer à l'Allemagne. Tout était mis en œuvre avec un soin cruel, avec un art perfide, en vue de ce résultat. Nous lisons dans l'*Histoire du Grand État-Major*, que le bombardement n'avait lieu que la nuit. L'effet en est bien plus saisissant. Le jour, on arrêtait le feu pour donner à la population le temps de faire les démarches et engager l'autorité militaire à rendre la place.

L'œuvre de destruction fut implacable, Strasbourg fut transformée en un monceau de décombres.

« Rapportez à l'Europe, » disait le maire Humann aux délégués suisses, le 11 septembre 1870, « rapportez le » spectacle dont vous allez être témoins dans nos murs :
» Dites ce qu'est la guerre au XIX^e siècle. Ce n'est plus
» contre les remparts, contre les soldats, c'est contre les
» populations que le feu est dirigé, contre les femmes et
» les enfants. Nos remparts sont intacts : nos demeures
» sont incendiées : nos églises mutilées ou détruites ;
» notre admirable bibliothèque anéantie.

» Dites tout cela à l'Europe : mais dites également que
» ces cruautés, ces dévastations renouvelées des barbares,
» n'ont point dompté nos courages. Nous resterons tou-
» jours de fermes Français, des citoyens fidèles et dévoués
» à la patrie. »

C'était au début de la campagne. L'Europe s'émut d'une semblable sauvagerie. Les Allemands articulèrent une excuse. Ils prétendirent n'agir de la sorte qu'à titre de représailles, parce que, disaient-ils, la garnison de Strasbourg s'était permis de bombarder Kehl, « une ville ouverte ». Ils n'ajoutaient pas que devant cette ville ouverte étaient rangées des batteries allemandes. Puis, poursuivaient-ils, il est impossible, avec les engins modernes, de détruire les fortifications sans atteindre les maisons, et si la bibliothèque a été brûlée, c'est à cause de la *négligence des autorités* (1).

Plus tard les Allemands ne prendront même plus la peine de justifier leurs hauts faits.

Nous en avons la preuve pour le siège de *Péronne*.

(1) M. Rolin-Jaequemyns, dans son appréciation de la guerre de 1870, reproduit ces considérations de l'état-major allemand ; il excuse trop facilement, à mon sens, ces procédés cruels et paraît convaincu que ces pauvres Allemands ont été affreusement calomniés.

« Le bombardement de Péronne », a écrit le général Faidherbe, « est peut-être, dans cette campagne si riche »
» pourtant en faits de ce genre, un des exemples les plus
» complets et les plus odieux de cette férocité calme et
» méthodique que les généraux du roi Guillaume pré-
» tendent introduire dans les usages de la guerre.

» L'ennemi tire sur les maisons, de préférence sur
» l'hôpital qu'il écrase d'obus. Les malheureux habitants,
» chassés de leurs maisons en flammes par les projectiles
» et entassés dans les casemates, avaient demandé à
» l'ennemi l'autorisation de faire sortir de la place, les
» malades, les femmes et les enfants. Inutile de dire qu'ils
» ne l'obtinrent pas, le but du bombardement était pré-
» cisément d'atteindre la population non militante. »
(HENRI MARTIN.)

Bref la ville fut presque complètement ruinée, la population décimée.

Nous regrettons encore de voir M. Rolin-Jaequemyns apprécier en ces termes cette façon de procéder :

« Voilà, dit-il, une façon *plus humaine* de prendre les
» villes. Elle nous évite le triste spectacle d'une prise
» d'assaut. Il faut, — ajoute-t-il sententieusement, —
» s'abstenir des excès. »

Sans doute, mais ne faudrait-il pas aussi se mettre du *côté des loups*. Toute l'humanité ne consiste pas, pour un général, à n'épargner que la vie de ses soldats.

En fait, les Allemands ont inauguré, en 1870, une façon spéciale de diriger les hostilités. Ils se sont basés sur l'épouvante systématique, sur le terrorisme à froid. Ils n'ont tenu aucun compte des adoucissements apportés par la civilisation aux maux de la guerre, lorsqu'ils faisaient obstacle à la réalisation de leur but implacable (1).

(1) Leur conduite a été devant Paris ce qu'elle avait été partout ailleurs. « Comme à Strasbourg, on tirait de préférence sur les monu-

Ils ont affecté de ne prendre aucun ménagement, aucune mesure pour épargner les édifices consacrés aux sciences, aux arts, aux cultes et à la bienfaisance, les hôpitaux et les ambulances. Tout au contraire, ils semblaient les vouloir prendre pour objectif. — Ils doivent en rendre compte devant l'histoire. « C'est se déclarer ennemi du genre » humain, disait Vattel, que de le priver, de gaieté de » cœur, de ces monuments des arts, de ces modèles de » goût, comme Bélisaire le représentait à Totila, roi des » Goths. »

Le colonel anglais Hamley a stigmatisé la conduite des Allemands en ces termes : « S'il faut considérer comme » conforme au droit de la guerre le système suivi par les » Allemands, cessons d'appeler Tilly, le duc d'Albe et » Attila les fléaux de l'humanité, de peur d'offenser » d'éminents contemporains... Faisons amende honorable » aux montagnards de la Grèce qui dernièrement nous ont » si fort indignés... et conseillons amicalement, comme » une décoration convenable pour les soldats du nouvel » empire, l'institution du *Très Honorable Ordre de la Torche*. »

L'article 17 de la Déclaration de Bruxelles, survenu

» ments publics de Paris, et, de plus sur les hôpitaux et les ambu-
» lances. Le grand hospice de la Salpêtrière, l'hospice des Jeunes
» Aveugles, l'hôpital militaire du Val-de-Grâce, les hôpitaux de la
» Charité et de la Pitié, l'hospice Necker furent criblés d'obus. Les
» habitants enlevèrent presque partout les drapeaux de la Société de
» Genève, ce signe protecteur des ambulances, parce qu'il attirait
» les obus au lieu de les écarter. Les projectiles atteignirent le Pan-
» théon, la Sorbonne, les Écoles normales, de droit et de médecine.
» Toute la rive gauche, et sur la rive droite, Auteuil et Passy, étaient
» sous le feu. » (HENRI MARTIN.)

« Le Muséum, dit une protestation de M. Chevreul, a été bom-
» bardé sous le règne de Guillaume I^{er}, roi de Prusse, comte de
» Bismarck chancelier, par l'armée prussienne, dans la nuit du 8 au
» 9 janvier 1871. Il avait été respecté de tous les partis et de tous
» les pouvoirs nationaux et étrangers. »

quatre ans plus tôt, eût-il sensiblement modifié les procédés germains (1)? On peut en douter.

Quel contraste entre ce que dispose l'article 17 et les horreurs que nous avons tenté de retracer. Quel abîme entre les théories sauvages appliquées par les généraux du roi de Prusse et cette constatation de l'usage moderne des nations d'exempter des risques et opérations générales de la guerre les édifices publics affectés au service civil, les temples de la religion, les dépôts de la science, les monuments d'art. — Le tout, sous la seule condition de ne pas employer accessoirement ces édifices à un service de guerre (bureaux et logements militaires, sémaphores, observatoires); un caractère inviolable leur est reconnu; l'assaillant doit s'occuper à les ménager. Le *Manuel d'Oxford* reproduit l'article 17 de Bruxelles.

ART. 34, *Oxford*. — En cas de bombardement, toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour épargner, si faire se peut, les édifices consacrés au culte, aux arts, aux sciences et à la bienfaisance, les hôpitaux et les lieux de rassemblement de malades et de blessés, à la condition qu'ils ne soient pas utilisés en même temps, directement ou indirectement par la défense.

Le devoir de l'assiégé est de désigner ces édifices par des signes visibles indiqués d'avance à l'assiégeant.

Des non-combattants. — Le *Manuel d'Oxford* passe sous silence une question qui intéresse directement l'humanité. Il ne décide rien sur le point de savoir si, en cas

(1) ART. 17, *Bruxelles*. — En pareil cas, toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour épargner, autant qu'il est possible, les édifices consacrés aux cultes, aux arts, aux sciences, à la bienfaisance, les hôpitaux et les lieux de rassemblement de malades et de blessés, à condition qu'ils ne soient pas employés en même temps à un but militaire. Le devoir des assiégés est de désigner ces édifices par des signes visibles spéciaux à indiquer d'avance à l'assiégeant.

d'investissement, les enfants, vieillards, femmes, doivent être renvoyés par l'assiégé et reçus par l'assiégeant.

Il était difficile de prescrire sur la matière. Non que la solution la plus humaine soit douteuse. Incontestablement, l'assiégeant fera bien de consentir à la sortie de la population non combattante. Il évitera aussi bien des maux inutiles aux citoyens inoffensifs.

Cependant le commandant des troupes assaillantes a de graves motifs pour refuser d'ouvrir ses lignes à une nombreuse population civile. Elle est, pour les autorités militaires de la place assiégée, une cause d'encombrement et de démoralisation. Bien mieux, l'assiégeant se propose souvent de prendre la place par la famine ; les bouches inutiles favorisent son jeu ; elles deviennent en quelque sorte l'élément actif des opérations du siège ; plus nombreuses elles seront, plus grande sera la faiblesse de l'assiégé et plus tôt s'épuiseront ses ressources. Il y a donc pour l'assiégeant une raison de droit des gens pour refuser de laisser sortir la population non combattante (1).

C'était dans l'intention d'affamer Paris, que les Allemands refusèrent, en 1870, d'autoriser des départs. Dans les autres sièges de la campagne de 1870, leur refus se basait sur leur système de guerre. Ils s'attaquaient à la population inoffensive des places fortes, dans l'espoir de la voir réagir contre l'autorité militaire et contraindre cette dernière à cesser la résistance. Leur intérêt était donc de conserver une nombreuse population civile dans la place.

(1) En ce sens : ART. 18, *Instructions américaines*. — « Quand le » commandant d'une place assiégée en fait sortir les combattants » pour ménager ses approvisionnements, il est permis à l'assiégeant, » si rigoureuse que soit la mesure, de contraindre les expulsés à » rentrer dans la place afin d'en hâter la reddition. »

A Bruxelles, en 1874, le général de Voigt-Rhets voulut faire reconnaître une jurisprudence conforme aux pratiques des armées allemandes. Il proposa, en séance des 31 juillet et 1^{er} août, d'adopter la clause que : « Aussitôt » l'investissement accompli, l'assiégeant ne serait pas tenu » de consentir à la sortie des habitants de la place ». Il lui fut fait résistance par la plupart des délégués. La clause était inhumaine ; on préféra s'abstenir. La Déclaration de Bruxelles est donc muette sur ce point.

M. Landa, membre de l'Institut international, critique ce silence. Il y avait, suivant lui, nécessité de dire au moins que le général assiégé n'a pas le droit de se refuser à laisser rentrer dans la place les habitants que l'assiégeant refuse de laisser sortir. Il cite ce qui s'est passé lors du siège de Pampelune par les carlistes. Les bouches inutiles étaient repoussées de part et d'autre. Abandonnés sans défense entre les deux armées, beaucoup seraient morts sans l'arrivée du roi don Alphonse XII qui les a sauvés. — Évidemment l'espèce est lamentable ; mais c'est une question de droit intérieur où le droit des gens n'a rien à voir.

CHAPITRE II

DES TERRITOIRES OCCUPÉS

Section I. — Définition.

(Article 41, Oxford.)

ART. 41, *Oxford*. — Un territoire est considéré comme occupé lorsque, à la suite de son invasion par des forces ennemies, l'État dont il relève a cessé, en fait, d'y exercer une autorité régulière, et que l'État envahisseur se trouve être seul à même d'y maintenir l'ordre. Les limites dans lesquelles ce fait se produit, déterminent l'étendue et la durée de l'occupation.

L'occupation résulte de deux conditions de fait :

1° L'impossibilité pour le gouvernement légal d'exercer son autorité;

2° La possibilité pour l'envahisseur de substituer son autorité à celle du gouvernement légal.

Quelle est la portée juridique de l'occupation?

La théorie de l'occupation constitue une des questions les plus délicates du droit de la guerre. C'est un point fondamental. De la définition juridique de l'occupation, de la conception du droit de l'occupant, se déduit logiquement sa conduite à l'égard des choses et des gens en territoire ennemi.

Se basant sur la gravité exceptionnelle de la matière,

certain juriconsultes pensent qu'il y a un danger sérieux à vouloir régler ces points par la voie de convention internationale. L'incertitude du droit actuel, disent-ils, profite exclusivement à l'occupé ; sa certitude profiterait à l'occupant.

Semblables appréhensions furent manifestées à Bruxelles par les délégués hollandais, belges et suisses. Ils formulèrent des restrictions radicales lors de la discussion du chapitre 1^{er} de la Déclaration. Ils s'opposèrent, par avance, à l'adoption de toute clause qui, au lieu de limiter le pouvoir de l'ennemi, érigerait en droit des faits résultant uniquement de l'emploi de la force ; faits auxquels on peut se soumettre par nécessité, mais auxquels on ne peut consentir d'avance.

Ils savaient que la Prusse apportait un système manifestement plus favorable aux envahisseurs qu'aux envahis ; que ce système, agréé par les auteurs du projet soumis à la Conférence, établissait que l'autorité du pouvoir légal était remplacé par celui de l'État occupant d'une *façon absolue*.

L'article 544 du *Droit international codifié*, de Bluntchli, formule les conséquences impératives de ce système :

ART. 544, *Bluntschli*. — « Les habitants du territoire » occupé ne sont plus tenus à l'obéissance. Ils sont » exempts de tous devoirs envers le gouvernement déposé » séde, et sont contraints d'obéir aux chefs de l'armée, » qui, *de fait*, exerce le pouvoir militaire. »

Ce principe admis, il s'ensuivait que les populations envahies ne subissaient pas une violation ni une oppression. Elles ne faisaient que changer d'état légal et quiconque se refuserait à le reconnaître serait traité comme un séditieux.

Mais cette conséquence touchait au cœur les délégués des petits États. Ils avaient ordre de s'opposer à toute

clause qui délieraient en quoi que ce soit les citoyens du devoir sacré de défendre la patrie par tous les moyens qui sont en leur pouvoir.

Ils s'unirent donc pour combattre une disposition contraire au sentiment et au droit. Théoriquement, ils avaient la partie belle. La circonstance qu'il y a un maître de fait ne délie pas envers le maître de droit ; et assurément l'on doit considérer comme traître, ceux qui sans y être contraints se mettraient au service de l'envahisseur.

Il leur fut fait des concessions dans la forme. La rédaction primitive fut adoucie ; on effaça même du projet un article 46 qui portait : « Les individus faisant partie de la population occupée par l'ennemi et qui se soulèvent contre lui les armes à la main, ne sont pas » considérés comme prisonniers de guerre, mais sont » déférés à la justice. »

Le principe préconisé par la Prusse s'étale donc moins brutalement. Mais il y est toujours. Les généraux se chargeront de le déduire de la formule, quand ils auront à prendre des mesures de nature à assurer le succès de leurs armes.

Et peut-il en être autrement ? N'est-ce pas la conséquence directe de la conception moderne de la guerre, de la restriction fictive du combat, laquelle consiste à déclarer que la guerre ne concerne que les armées et que les populations n'ont point à s'en mêler. Si l'ennemi doit respecter la personne et les biens des habitants ; réciproquement, les habitants ne doivent-ils pas s'abstenir de prendre part à la lutte ? Et s'ils y prennent part, ne se rendent-ils pas coupables de trahison, de rébellion envers le souverain de fait ?

Qui conciliera jamais les conséquences inconciliables résultant de la présence simultanée sur un même territoire d'une souveraineté de droit suspendue en fait et d'une souveraineté brutale, celle de l'occupant ?

Le grand honneur de la Conférence de Bruxelles et aussi de l'Assemblée d'Oxford, qui s'en inspire, est d'avoir tenté cette œuvre impossible. Ils ont évité une déclaration de principe sur le droit que confère l'occupation et se sont appliqués à faire triompher dans l'application des solutions conformes aux idées modernes les plus humaines et les plus libérales. En ce sens leur œuvre est louable et fort en avance sur les *Instructions* du président Lincoln.

Les *Instructions pour les armées des États-Unis* proclament l'omnipotence de la loi martiale. Elles ajoutent, sans doute, que la loi martiale ne doit pas être confondue avec l'oppression militaire, qui « est l'abus du pouvoir que cette loi confère », mais elles n'essayent en rien de déterminer le domaine de la loi martiale et de signaler où commence l'oppression.

L'élément essentiel de l'occupation est la *suspension en fait* de l'exercice de la souveraineté de l'État envahi.

Par quels signes extérieurs cette suspension de fait se manifestera-t-elle ?

1° Suffira-t-il que l'État envahi *n'exerce plus publiquement son autorité* ? Il est bien certain que des intelligences clandestines ne seraient pas suffisantes.

2° Faudra-t-il en outre que *toute résistance locale* ait cessé ?

C'est ce que pensaient les délégués des petits États, soucieux de conserver pour les habitants le droit de s'insurger.

Le général de Voigt-Rhets, au contraire, applique à ce cas particulier le système de la Prusse dont la conséquence serait d'obtenir des vaincus qu'ils renoncent à prolonger une résistance désespérée. Pour lui, le désarmement de la population n'est pas indispensable. Le pouvoir de l'occupant est établi de fait quand il y a des colonnes qui

parcourent le pays et établissent des relations avec les autorités locales.

3° Ne devra-t-on pas enfin exiger la *présence effective de l'armée ennemie* ? Le *simple fait* de l'ennemi, proclamation ou présence d'un seul homme, serait-il suffisant ?

Le baron Baude soulève la question, en faisant ressortir que, dans le paragraphe 2 de l'article 1^{er} de la Déclaration, les mots « où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer » répondent évidemment à deux idées distinctes. Les deux choses peuvent ne pas exister ensemble.

Que penser par exemple d'une autorité qui, se prétendant établie par le seul fait d'une proclamation revendiquerait des droits antérieurs au moment où elle se serait trouvée en mesure de l'exercer ? N'y avait-il pas là une autorité fictive ? Doit-on, comme dans la matière analogue du blocus, n'admettre que l'*occupation effective* ?

Plusieurs théories sont en présence à Bruxelles.

a) Les petits États s'opposent à ce que l'autorité de l'ennemi s'étende plus loin que ne pourrait aller son action. Ils en déduisent que l'occupation ne peut résulter d'une simple proclamation : qu'un seul homme ne suffirait également pas pour perpétuer le droit de l'occupation. Pour eux, le *droit de l'insurrection* doit rester intact ; l'occupant devrait être toujours en mesure de la réprimer si elle éclatait.

b) Voigt-Rhets, de son côté, soutient le point de vue contraire de la *résignation*.

α. Le général allemand ne prend même pas la peine de traiter le cas « des effets de la proclamation ». Pour lui, la proclamation est un luxe inutile. La prise de possession militaire du territoire ennemi entraîne nécessairement l'établissement de l'autorité militaire. Point n'est besoin de proclamation.

En ce sens : l'article 1^{er} des *Instructions américaines*.

ART. 1^{er}. *Instructions américaines*. — « La loi martiale

» est l'effet immédiat et direct, la conséquence spontanée
» de l'occupation ou de la conquête... Il n'est pas nécessaire qu'une proclamation ou tout autre avertissement
» public ait fait ou n'ait pas fait savoir aux habitants qu'ils
» étaient régis par cette loi ».

De même l'article 539 de Bluntschli. — « La présence
» de troupes belligérantes sur le territoire ennemi entraîne cette conséquence (l'application de la loi martiale) de plein droit et sans déclaration préalable. »

Les membres d'Oxford ont pensé différemment qu'il convenait autant que possible d'informer les habitants du changement de souveraineté.

ART. 42, *Oxford*. — Il est du devoir de l'autorité militaire occupante, d'informer le plus tôt possible les habitants des pouvoirs qu'elle exerce, ainsi que de l'étendue territoriale de l'occupation.

β. Mais Voigt-Rhets ne veut pas que l'on dise que l'occupation n'existe que là où le pouvoir militaire est visible. « Ce serait, dit-il, provoquer les insurrections. Or, si vous
» admettez pour les habitants, le droit de s'insurger, ce
» sont eux qui en seront les victimes et qui payeront pour
» ces têtes exaltées qui séduisent les autres. » En conséquence, et sans vouloir donner à l'ennemi plus de droits qu'il n'en a, il prétend que dans l'intérêt de la civilisation, pour régulariser le droit de la guerre, on doit reconnaître qu'un seul homme suffit pour perpétuer le droit de l'occupation dans un pays soumis.

Il va plus loin et semble vouloir faire admettre que le droit de l'occupation soit un bénéfice qui une fois acquis plane au-dessus des incertitudes de la lutte. N'est-ce pas ce qui ressort de la réponse qu'il fait à la question de M. Lansberge :

« Une armée victorieuse ayant éprouvé un revers abandonne une ville qui se serait soulevée. Lui serait-il per-

» mis de punir l'insurrection, si elle occupait plus tard,
» pour la seconde fois, ladite ville ? »

Voigt-Rhets refuserait de reconnaître la qualité de belligérants aux insurgés ; *il punirait*. Donc, caractère indélébile du droit de l'occupation.

Par contre, le baron Baude objecta que l'occupation ne crée pas le droit à la possession. Les habitants restent en droit, sinon en fait, soumis aux lois qui les régissaient avant l'occupation. Il semble donc excessif de les mettre *hors la loi*.

C'était le contre-pied du système allemand.

On est donc bien loin de s'entendre sur la matière. Ce débat nous révèle les graves difficultés qu'il faut surmonter pour arriver à transformer en principes les coutumes et usages de la guerre. Comment concilier les intérêts des petits États et ceux des grandes puissances ? Comment assurer des conditions et des avantages égaux à l'État qui se défend et à celui qui attaque ? Nous avons traité plus haut, au chapitre « DES BELLIGÉRANTS », le point de savoir si les procédés de la guerre moderne, la nécessité pour un État d'organiser toutes ses ressources, n'amèneraient pas une entente sur la nature du droit de l'occupation.

Des devoirs et des droits de l'occupant.

L'occupation se range parmi les moyens de guerre permis. Elle prive l'ennemi de la possession de son territoire. C'est une espèce de mainmise, de séquestre forcé.

Puisque le gouvernement national est temporairement paralysé, il faut bien reconnaître cet état de choses et essayer de sauvegarder dans la plus large mesure les *droits des sujets*.

L'intérêt général exige qu'un certain ordre se maintienne

dans les pays occupés par la force. Le renversement de l'ordre public serait aussi bien un acte de barbarie que la destruction des cultures et des plantations. Il faut, dans la mesure possible, garantir l'administration régulière de la justice, de la police ; maintenir les communications et les transactions privées, en un mot *gouverner* provisoirement les pays occupés.

Cet ordre de rapports entre le pays occupé et l'occupant ne se manifestera d'ailleurs que par une autorité passagère et transitoire, comme le pouvoir militaire qui l'exerce. La prise de possession violente ne fait pas acquérir par elle-même la souveraineté ; il faut une cession régulière ou une occupation prolongée.

ART. 6, *Oxford* (déjà cité). — Aucun territoire envahi n'est considéré comme conquis avant la fin de la guerre ; jusqu'à ce moment, l'occupant n'y exerce qu'un pouvoir de fait essentiellement provisoire.

Nous allons examiner maintenant quels seront les droits et les devoirs de l'occupant en ce qui concerne le gouvernement des pays occupés ;

Quelles mesures il pourra prendre pour assurer le succès de ses armes et dans quelles limites ;

De quel esprit il devra s'inspirer dans le gouvernement provisoire du pays pour sauvegarder l'intérêt des habitants.

Section II. — Règles de conduite à l'égard des personnes.

(Articles 43 à 50.)

ART. 43, *Oxford*. — L'occupant doit prendre toutes les mesures qui dépendent de lui pour rétablir et assurer l'ordre et la vie publique.

Cet article 43 régit la matière ; il va nous permettre de déterminer quels nouveaux rapports naissent du changement provisoire du gouvernement.

I. — *Devoirs et droits de l'occupant en ce qui concerne les lois en vigueur à son entrée dans le pays occupé.*

Le principe moderne, celui qui permet d'assurer le plus facilement le maintien de l'ordre et de la vie publique, c'est *le respect de l'organisation intérieure*. Le droit établi continue à rester en vigueur pour autant qu'il est compatible avec l'état de guerre, et qu'il n'a pas été de ce fait abrogé par l'autorité militaire. C'est ce que formule l'*article 44 d'Oxford* reproduisant littéralement l'article 3 de Bruxelles.

ART. 44, *Oxford*. — L'occupant doit maintenir les lois qui étaient en vigueur dans le pays en temps de paix, et ne les modifier, ne les suspendre ou ne les remplacer que s'il y a nécessité.

En fait, il y aura généralement intérêt — c'est-à-dire nécessité — de modifier les lois d'ordre politique, administratif et financier.

a) Si par exemple, la constitution admet la liberté de la presse, ou reconnaît aux habitants du pays la liberté de réunion et d'association, — les autorités militaires restreindront nécessairement le droit existant. En fait, l'établissement des conseils de guerre supprime la plupart des garanties constitutionnelles.

b) De même seront modifiées les lois fiscales, celles qui concernent l'assiette de l'impôt ; les lois de conscription militaire. C'est ainsi que le roi Guillaume, le 13 août 1870, proclamait la conscription interdite dans tous les départements français occupés par les troupes allemandes.

c) Certaines guerres ont même comme principal objectif la modification d'une *constitution politique*. Telles sont les guerres qui se proposent l'indépendance d'un peuple. L'intérêt de l'occupant sera, pour s'attirer les sympathies,

d'introduire provisoirement une nouvelle organisation politique.

Au contraire, *les lois civiles, pénales et commerciales* continueront généralement à être en vigueur, sans qu'on puisse cependant dénier d'une façon absolue à l'occupant la faculté de les modifier. L'occupant conserve toujours le droit d'édicter des défenses, de prescrire certains actes, et on conçoit qu'il soit amené à modifier telle ou telle loi.

II. — *Devoirs et droits de l'occupant en ce qui concerne le personnel administratif en fonctions lors de son entrée dans le pays occupé.*

Les lois d'un pays, l'ensemble des règlements et dispositions administratives seraient d'une application difficile dans la main inexpérimentée de l'ennemi. Il faut logiquement admettre le maintien des fonctionnaires et employés civils de tout ordre, leur reconnaître la faculté d'exercer leurs fonctions sans formalité de nature à préjuger leurs devoirs envers leur propre pays.

En principe, il n'importe pas de distinguer, comme le demandait M. Baude, entre les fonctionnaires du gouvernement et les fonctionnaires municipaux, les uns et les autres étant susceptibles de remplir des services d'intérêt social.

Après la prise de possession, ils passent donc, avec le territoire où ils exercent leurs fonctions, sous l'autorité de l'ennemi.

Il importerait d'ailleurs dans l'intérêt des habitants et dans la mesure des nécessités de guerre, qu'ils fussent rattachés à un gouverneur civil plutôt que militaire. Ce système a été appliqué par les Allemands en 1870. Les provinces occupées formaient trois gouvernements généraux, Strasbourg, Nancy et Reims. A chaque gouverneur

général militaire, se trouvait adjoint un commissaire civil, chargé spécialement de l'application des lois françaises en vigueur.

a) *Fonction politique*. — En fait, un fonctionnaire du gouvernement, chargé d'une fonction purement politique, se retirera généralement devant l'ennemi, soit que celui-ci le tienne en suspicion, soit plutôt que son gouvernement lui en ait intimé l'ordre.

b) *Fonction locale*. — Au contraire, l'employé du gouvernement dont la fonction est purement administrative, locale, continuera à l'exercer. Ce serait une faute que de lui ordonner de se retirer et d'abandonner ainsi tous les établissements publics à la merci de l'ennemi, qui souffrirait moins de cette mesure que les nationaux eux-mêmes. La faute a été commise par les Autrichiens en Bohême, lors de la guerre de 1866. L'occupant, pour maintenir ce genre de fonctionnaire, a d'ailleurs les mêmes raisons tirées de l'intérêt local, que pour les autorités purement communales.

c) *Autorité communale*. — Les autorités communales, locales ont une mission importante et délicate. Elles servent d'intermédiaire entre la population et l'autorité militaire, répartissent équitablement les charges, empêchent les violences individuelles, en un mot cherchent à défendre les intérêts locaux ou nationaux. Le patriotisme leur défend cependant d'améliorer le sort des populations en rendant à l'ennemi des services non strictement indispensables.

On ne peut d'ailleurs contraindre les fonctionnaires et employés de l'État envahi à continuer l'exercice de leurs fonctions. C'est une faculté pour eux. Ils ne restent en fonctions que sur leur consentement.

ART. 45, *Oxford*. — Les fonctionnaires et employés civils de tout ordre qui consentent à continuer leurs fonctions, jouissent de la protection de l'occupant.

De même l'article 4 de la Déclaration de Bruxelles.

Cette solution est bien supérieure à celle que préconise l'article 6 des *Instructions américaines* :

ART. 6, *Instructions américaines*. — « Mais toute fonction du gouvernement ennemi, législative, exécutive ou administrative, — soit d'un caractère général, provincial ou purement local — *cesse sous la loi martiale* ou ne continue à s'exercer qu'avec la sanction, et, si cela est jugé nécessaire, avec la participation de l'occupant ou de l'envahisseur. »

« Le salut de la patrie passe avant tout autre considération », dit Lieber à la fin de l'article précédent ; mais on peut se demander si le salut de la patrie exige une solution si radicale contre les fonctionnaires.

Un fonctionnaire consent à rester en place ; puis il change d'avis ; sa démission a-t-elle un caractère délicieux ?

Il semble qu'en cette matière et alors même qu'il s'agirait de service d'intérêt social, le fonctionnaire doive rester libre et indépendant. Son abstention peut être motivée par des considérations d'ordre intime et patriotique. On peut d'autant moins lui refuser de se démettre qu'il encourt des pénalités rigoureuses s'il manque aux obligations librement acceptées, ou même s'il trahit !

De même, un fonctionnaire doit toujours être révocable.

ART. 45, *Oxford*, § 2. — Ils sont toujours révocables et ont toujours le droit de se démettre de leurs charges. Ils ne doivent être punis disciplinairement que s'ils manquent aux obligations librement acceptées par eux, et livrés à la justice que s'ils trahissent.

De même l'article 4 de Bruxelles.

Il est incontestable d'ailleurs qu'en cas de nécessité,

l'occupant pourrait exiger le concours des habitants pour administrer le pays.

ART. 46, *Oxford*. — En cas d'urgence, l'occupant peut exiger le concours des habitants, afin de pourvoir aux nécessités de l'administration locale.

Des fonctionnaires de la justice.

L'occupant, dans l'intérêt de l'ordre, laissera les juridictions établies fonctionner librement. Il pourra même laisser la force armée au service des autorités.

Les arrêts ne seront valables qu'autant qu'ils auront été rendus au nom de l'État occupé.

Nous enregistrons à ce sujet, dans la guerre de 1870, un conflit entre la cour de Nancy et l'administration allemande. La cour, se basant sur une loi de frimaire an VIII, qui annule les jugements rendus pendant l'occupation de Valenciennes et quelques places voisines, veut rendre la justice « Au nom du peuple français ». Les Allemands, ne reconnaissant pas la République, n'acceptent pas la nouvelle formule inaugurale. Beaucoup de juges se sont abstenus.

Des conseils de guerre. — Concurrément à la juridiction nationale, fonctionnera la juridiction militaire de l'occupant. Les conseils de guerre seront chargés d'appliquer la loi pénale militaire aux crimes commis contre la puissance occupante.

Cette juridiction porte une grave atteinte à la liberté individuelle et aux droits d'une nation. Elle est cependant légitime. Une armée en territoire étranger a le droit de veiller à sa sûreté par sa propre juridiction; sans quoi l'armée se ferait justice elle-même et sommairement. Toujours la France a fait fonctionner ses conseils de guerre, à Rome, au Mexique, en Tunisie.

L'article 12 des *Instructions américaines* réglemente l'application de ces conseils de guerre et décide que les arrêts de mort ne seront appliqués qu'avec l'*approbation préalable* du chef du pouvoir exécutif.

Il serait plus pratique de ne réclamer pour l'exécution que l'ordre d'un officier général.

Traitement de la population.

L'occupation n'entraîne pas un changement de nationalité pour les habitants ; ils ne sauraient donc être contraints de prêter serment à la puissance ennemie. Ils subissent cependant une souveraineté de fait ; ils ne peuvent la méconnaître sans s'exposer à un traitement rigoureux.

Strictement, les habitants du pays envahi doivent garder, en ce qui concerne les événements militaires, une attitude passive. Ceux qui commettraient des actes d'hostilité, ouverte ou cachée, à l'égard de l'armée occupante, seraient traités en *rebelles*, conformément aux lois de la guerre, c'est-à-dire avec toute la rigueur jugée nécessaire.

ART. 47, *Oxford*. — La population ne peut être contrainte de prêter serment à la puissance ennemie, mais les habitants qui commettent des actes hostiles contre l'occupant sont punissables.

Cet article 47 est la contre-partie de l'article 1^{er} et de l'article 7 : seules les forces armées sont belligérantes. Loin de maltraiter les populations inoffensives, le vainqueur doit s'appliquer à donner la sécurité aux personnes, à garantir les propriétés privées. Son droit est d'exiger en retour l'abstention de toute hostilité.

L'autorité militaire n'a pas, à l'égard des personnes privées, un pouvoir illimité. Ce serait violer le droit des gens que de contraindre à des actes d'hostilité directe et immédiate contre la patrie.

Les lois de la guerre autorisent cependant l'envahisseur à réclamer certains services personnels.

« Par *service* », répondait le général de Voigt-Rhets, à M. Lambermont, « nous entendons exprimer des réquisitions qui ont un caractère plus personnel que le mot » prestation. Ce sont les offices rendus par les conducteurs » de voiture, les maréchaux, les serruriers, les charpentiers et en général tous les ouvriers, à quelque métier » qu'ils appartiennent. Ces services, ajoutait-il, peuvent » être exigés de la manière la plus étendue. »

S'inspirant de ces considérations, la Conférence de Bruxelles supprima du projet la clause interdisant de requérir la population pour « des actes de nature à contribuer à la poursuite des buts de la guerre au détriment de la patrie ».

L'article 48 d'*Oxford* conserve ce même esprit. L'envahisseur peut requérir des bras pour les travaux urgents, des moyens de transport pour son matériel et ses subsistances. Une indemnité équitable devrait d'ailleurs être offerte aux individus requis.

Mais l'article 48 interdit d'exiger des actes d'hostilité directe et immédiate contre la patrie, de contraindre les individus à participer aux hostilités et de les exposer aux mêmes dangers que les combattants.

De même, on ne devrait pas les contraindre à effectuer des travaux de terrassement et de fortification dans les localités où la lutte se poursuit.

ART. 48, *Oxford*. — Les habitants d'un territoire occupé qui ne se soumettent pas aux ordres de l'occupant, peuvent y être contraints. L'occupant ne peut toutefois contraindre les habitants à l'aider dans ses travaux d'attaque et de défense, ni à prendre part aux opérations militaires contre leur propre pays (Art. 4).

Des guides.

La faculté de requérir comme guides les habitants du pays occupé est spécialement contestée. Le délégué de Russie avait proposé à Bruxelles d'introduire dans le projet un article spécial permettant l'usage des guides. On critiqua cette proposition en faisant ressortir que celui qui guide l'armée d'invasion commet un acte plus préjudiciable à sa patrie que s'il combattait dans les rangs ennemis; que, d'ailleurs, le service rendu par le guide devenait secondaire avec le perfectionnement actuel des cartes topographiques et que, sans aucun doute, on devrait *interdire la réquisition des guides*.

On n'osa cependant pas prononcer cette interdiction. On se rendait compte que dans la pratique, l'envahisseur pourrait avoir besoin de renseignements pour ses marches; que, donc, cette interdiction irait trop loin et que, dépassant le but, elle resterait lettre morte. On observa le silence sur ce point.

Quelle est la sanction, si le guide trompe l'envahisseur?

On a dit, le guide qui trompe commet un acte d'hostilité; on pourra donc le traiter en prisonnier de guerre.

M. Renault pense que cette sanction serait jugée insuffisante dans la pratique. L'envahisseur n'avait pas eu scrupule, par le choix d'un guide, d'exercer une contrainte violente et contraire au droit. De même il n'hésitera pas, si on le trompe, à appliquer un procédé aussi radical qu'expéditif.

En fait, la pratique du guide viole l'article 48 et l'article 49 qui dispose qu'en outre :

ART. 49, *Oxford*. — L'honneur et les droits de la famille, la vie des individus, ainsi que leurs convictions religieuses et l'exercice de leur culte doivent être respectés (Art. 4).

C'est la reproduction de l'article 38 de Bruxelles.

Le baron Blanc proposait d'ajouter une clause reconnaissant le droit de légitime défense de l'habitant en cas de violation à son égard de ses droits essentiels, par exemple, en cas d'attentat à l'honneur, à la pudeur.

On lui fit observer que cette clause était inutile, que cette violation ne relève pas du droit des gens.

Section III. — Règles de conduite à l'égard des choses

A. — *Propriétés publiques.*

ART. 50, *Oxford* (Préambule). — Si l'occupant est substitué à l'État ennemi pour le gouvernement des territoires envahis, il n'y exerce point cependant un pouvoir absolu. Tant que le sort de ces territoires est en suspens, c'est-à-dire jusqu'à la paix, l'occupant n'est pas libre de disposer de ce qui appartient encore à l'ennemi et ne peut servir aux opérations de la guerre.

De là la règle suivante :

L'occupant ne peut saisir que le numéraire, les fonds et les valeurs exigibles ou négociables appartenant en propre à l'État, les dépôts d'armes, approvisionnements, et en général, les propriétés mobilières de l'État, de nature à servir aux opérations de la guerre.

§ 1. — *Impôts.*

De l'obligation pour l'occupant de respecter l'organisation intérieure, d'en assurer le fonctionnement, se déduit logiquement son droit de prélever les impôts et redevances affectés normalement à ces frais d'administration. L'article 5 de Bruxelles ; l'article 647 de Bluntschli, l'article 57 d'*Oxford* sont d'accord pour reconnaître la destination de l'impôt, son emploi à pourvoir aux frais de l'adminis-

tration du pays. Pour la même raison, les préliminaires de paix du 26 février 1871, article 8, alinéa 2, considèrent comme régulière la perception des impôts jusqu'à cette date.

ART. 57, *Oxford*. — L'occupant ne peut prélever, en fait de redevances et d'impôts, que ceux déjà établis au profit de l'État. Il les emploie à pourvoir aux frais de l'administration du pays, dans la mesure où le gouvernement légal y était obligé.

Ces textes réalisent donc un grand progrès sur l'œuvre du professeur Lieber, qui ne voit dans l'impôt qu'une ressource de plus pour l'envahisseur.

ART. 10, *Instructions américaines*. — « La loi martiale » donne en particulier à l'occupant... le droit de percevoir les revenus publics et les impôts, que ceux-ci aient été décrétés par le gouvernement expulsé ou par l'envahisseur. *Elle a principalement pour objet d'assurer l'entretien de l'armée, sa sécurité et le succès des opérations militaires.* »

Les impôts seront, autant que possible, prélevés dans la forme et suivant les usages existants. Ils ne devraient d'ailleurs être réclamés que s'ils sont échus ou exigibles (1).

Si donc on refuse à l'occupant le droit d'exiger les impôts à l'avance, on ne peut l'obliger à considérer comme régulièrement opérés les versements faits par anticipation au gouvernement légal.

a) On s'est demandé à la Conférence de Bruxelles, si, le fait venant à se produire, on devrait y voir en droit un double paiement. Il a été répondu que non, le premier paiement devant être considéré plutôt comme une dona-

(1) ART. 5, Bruxelles. — Art. 50, 58, *Oxford*.

tion patriotique. C'est l'avis du comte Chotek. — Cette décision est évidemment très dure dans la pratique.

b) Que devrait-on décider si le receveur versait, à l'insu des contribuables, les recettes entre les mains du gouvernement légal (1) ?

Ce serait une escroquerie de la part du receveur ; mais les habitants n'en seraient pas moins responsables (Voigt-Rhets). Solution également très dure ; en somme, le paiement a été fait au fonctionnaire reconnu par l'envahisseur, donc a été effectué à l'envahisseur ; c'est son fonctionnaire puisqu'il l'a maintenu.

L'armée d'occupation n'est-elle autorisée à percevoir que les impôts établis en temps de paix par le gouvernement national ?

a) Le comte Lansberge l'a soutenu. Logiquement, il a raison ; des impôts décrétés par l'envahisseur, ne sont plus des impôts, mais des contributions de guerre et, ajoutait-il, on peut être contraint de subir le droit de la guerre, mais on ne doit pas en faire l'objet d'une déclaration *à priori*.

b) Cependant on a voulu prévoir le cas où l'on n'arriverait pas à recouvrer la *matière imposable*. Le fait se produira souvent puisque l'État occupant n'aura parfois ni registres ni fonctionnaires. La Conférence reconnaît un droit à l'équivalent. L'armée d'occupation pourra grever la commune, qui agira comme elle le jugera convenable ou possible.

ART. 5, *Bruxelles*. — « L'armée d'occupation ne prélèvera que les impôts, redevances, droits et péages déjà établis au profit de l'État — ou leur *équivalent*, s'il est impossible de les encaisser. »

Mais nous entrons dans le domaine des contributions.

(1) L'hypothèse est d'ailleurs peu pratique ; l'envahisseur fera toujours percevoir les impôts par ses officiers.

L'article 41 de la Déclaration le reconnaît explicitement :
« L'ennemi *prélevant des contributions* soit comme équivalents pour les impôts. »

De même l'article 58 d'Oxford.

Et alors où sera la limite ?

Dans la proposition du général de Voigt-Rhets, peut-être ?...

c) Le général réclame *le droit de créer de nouveaux impôts*.

Il le fait d'ailleurs au nom de la justice. « Il ne serait pas juste, dit-il, que la partie occupée d'un pays fût traitée mieux que la partie non occupée, ou que le pays ennemi lui-même ; l'un et l'autre peuvent subir une augmentation d'impôts. »

En définitive, et quoi qu'il en ait dit, il se souciait bien peu « de la cause des occupés ». Son discours prenait plutôt la portée d'une réserve qui lui permettrait, quand le moment serait venu, de livrer au grand jour les idées de son gouvernement sur le droit du vainqueur aux contributions pécuniaires. Bien au-dessus du maintien de l'ordre public dans le pays occupé, il plaçait l'intérêt militaire, la nécessité de créer des ressources à l'armée. Si ses collègues s'en fussent rapportés à lui du soin de formuler sur la matière, nul doute qu'il n'eût reproduit sensiblement l'article 10 du professeur Lieber. Comme lui, il reconnaît à l'envahisseur le droit de décréter les impôts et comme lui, peut-être, il affecterait volontiers ces impôts à des opérations militaires.

§ 2. — *Propriétés publiques.*

Par *propriétés publiques* on entend les biens mobiliers et immobiliers, appartenant soit à l'État, soit aux unités administratives constituées en personnes civiles, départements, communes ; soit aux établissements publics con-

sacrés à l'instruction, au culte, aux arts et à la charité.

Parmi ces biens, les uns relèvent du *domaine public*, proprement dit ; les autres, susceptibles d'une appropriation, sont l'objet d'un domaine privé.

α. Le domaine public, proprement dit, se compose d'établissements qui tous ont plus ou moins un caractère d'utilité sociale. Ils ont une destination pacifique et satisfont des besoins moraux ou scientifiques. Nul ne leur conteste le droit à une protection particulière. On ne pourrait s'en dispenser que si cela était nécessité par le but même de la guerre.

Tels sont les écoles, universités, les édifices du culte, les établissements de bienfaisance, les observatoires, les musées et autres établissements scientifiques ou philanthropiques (1).

ART. 53, *Oxford*. — Les biens des communes et ceux des établissements consacrés au culte, à la charité, à l'instruction, aux arts ou aux sciences, sont insaisissables.

Toute destruction ou dégradation intentionnelle de semblables établissements, de monuments historiques, d'archives, d'œuvres d'art ou de science, est formellement interdite, si elle n'est pas impérieusement commandée par les nécessités de la guerre.

Spécialement en ce qui concerne les biens affectés au service des malades, nul ne conteste que l'occupant ne puisse détruire les hôpitaux, ni en changer la destination. On admet en outre généralement que la nécessité de guerre ne s'entend pas en ce sens qu'on puisse y faire

(1) ART. 34, *Instructions américaines*. — Ces établissements ne peuvent être imposés ou utilisés que quand le service public l'exige.

ART. 8, *Bruxelles*. — Ces établissements... seront traités comme la propriété privée. Toute saisie, destruction ou dégradation intentionnelle de semblables établissements, de monuments historiques, d'œuvres d'art ou de science, doit être poursuivie par les autorités compétentes.

soigner ses malades au détriment des malades de l'adversaire qui y sont installés. L'hôpital ne pourrait donc être utilisé par le vainqueur que dans la mesure des vides qui se produiraient postérieurement.

Les *œuvres d'art* ne doivent également pas être enlevées au vaincu. Elles ne servent ni de loin ni de près à faire la guerre et constituent un élément intellectuel de la vie d'un peuple.

Autrefois les vainqueurs s'en emparaient pour en faire des trophées de victoires. Sous l'empire on les considérait encore de bonne prise. Cependant Napoléon avait acquis un grand nombre de ces objets à la France, en vertu de clauses formelles de traités de paix. La mesure violente de 1815 nous a imposé l'obligation de les restituer tous indifféremment. Plus récemment, les objets d'art ne semblent pas avoir été respectés dans la guerre du Pacifique.

On a prétendu que la protection ne s'étend pas aux œuvres d'art dont l'importance est purement politique, par exemple aux monuments élevés par l'ennemi à l'occasion d'une victoire.

Il est certain que le vainqueur du jour ne manquera jamais de faire disparaître un monument qui le blesse dans son amour-propre national.

β. *Propriétés publiques, qui n'ont plus ce caractère d'utilité sociale.*

Distinguons le domaine privé de l'État, du domaine privé des autres unités administratives, notamment des *communes*.

Les biens des communes sont soumis à un régime de faveur. Ils doivent être traités par l'occupant comme la propriété privée. Les mêmes dispositions les régissent cependant dans l'article 8 de Bruxelles et l'article 53 d'Oxford, que les biens du domaine public proprement dit.

La décision est explicite pour les biens des communes et se déduit par analogie pour les biens des départements. Ces biens sont affectés également à la satisfaction de besoins ou d'*intérêts locaux*; on doit leur appliquer la même mesure.

BIENS DE L'ÉTAT.

Il faut distinguer les biens mobiliers des biens immobiliers.

§ 1^{er}. — *Biens mobiliers.*

α. Tous les biens mobiliers de l'État, de nature à servir aux opérations de la guerre, peuvent être saisis par l'occupant. Tels sont les armes et munitions, magasins de vivres, voitures et autres moyens de transport. Le vainqueur cherchant avant tout à désarmer ses adversaires, il est naturel qu'il s'approprie ses objets, sans être tenu d'ailleurs à aucune indemnité.

On se demande quel serait le droit de l'occupant à l'égard d'objets de guerre, fusils, munitions, qui sont la propriété de particuliers. Il s'en emparerait incontestablement, mais devrait-il, à la différence du cas précédent, payer une indemnité aux particuliers?

M. Lambermont a fait ressortir l'importance de la question pour la Belgique où l'industrie a constitué des dépôts d'armes très nombreux. Voigt-Rhets se place au point de vue des nécessités de la guerre et dit qu'on peut les employer comme « moyens de guerre ». Mais l'appropriation ne sera pas définitive comme s'il s'agissait d'un matériel d'État; les objets devront être restitués plus tard à leurs véritables propriétaires. La restitution sera faite d'ailleurs dans l'état où la guerre les aura mis et *sans indemnité*.

Cette solution triomphe malgré les protestations de M. Lambermont. Elle ressort implicitement de la disposition finale de l'article 6 où l'on spécifie les objets qui doivent être restitués avec indemnité sans y noter les dépôts d'armes (1).

L'article 55 d'Oxford formule au contraire le principe d'une indemnité.

ART. 55, *Oxford*. — Les moyens de transport (chemins de fer, bateaux, etc.), les télégraphes, les dépôts d'armes et de munitions de guerre, quoique appartenant à des sociétés ou à des particuliers, peuvent être saisis par l'occupant, mais il doivent être restitués, si possible, et les indemnités réglées à la paix.

De même Bluntschli (art. 645 *bis*).

β. Le matériel de transport (2), chemins de fer, bateaux à vapeur et autres embarcations utilisables pour le transport des troupes et des objets nécessaires aux opérations militaires, les télégraphes terrestres, sont saisis comme étant de nature à servir aux opérations de la guerre.

La mesure s'applique, qu'ils appartiennent à l'État, à

(1) ART. 6, *Bruxelles*. — L'armée qui occupe un territoire ne pourra saisir que le numéraire, les fonds et les valeurs exigibles appartenant en propre à l'État, les dépôts d'armes, moyens de transport, magasins et approvisionnements, et, en général, toute propriété mobilière de l'État de nature à servir aux opérations de la guerre.

Le matériel des chemins de fer, les télégraphes de terre, les bateaux à vapeur et autres navires, en dehors des cas régis par la loi maritime, de même que les dépôts d'armes et en général toute espèce de munitions de guerre, quoique appartenant à des sociétés ou à des personnes privées, sont également des moyens de nature à servir aux opérations de la guerre et qui peuvent ne pas être laissés à la disposition de l'ennemi. Le matériel des chemins de fer, les télégraphes de terre, de même que les bateaux à vapeur et autres navires susmentionnés seront restitués et les indemnités réglées à la paix.

(2) Laurent de Stein, *Revue de droit internat.*, 1885, p. 322.

des sociétés privées ou à des particuliers. Ce matériel est en effet de la plus haute importance pour le transport des troupes et le besoin des communications.

L'autorité militaire devrait s'appliquer à concilier dans la mesure possible les nécessités de la guerre avec l'intérêt des populations. Il est des pays où les conditions de la vie publique dépendent des moyens de transport. En Suisse, par exemple, les bateaux servent d'unique moyen de communication entre une localité et le reste du pays. Le colonel fédéral Hammer demande à ce sujet une limitation du droit de l'occupant. M. Lambermont se joint à lui. Il n'y aurait pas, dit-il, exception ou principe « La nacelle est un chemin qui marche » ; or les chemins restent toujours à la disposition de tous.

Le général de Voigt-Rhets ne se laisse pas gagner par cet argument poétique ; il persiste à dire que tout ne doit pas être nécessairement saisi, mais que tout peut l'être.

Si le matériel confisqué appartient à l'État, l'attribution définitive en sera réglée lors de la paix. Il n'y a jamais droit à une indemnité et souvent la restitution n'a pas lieu.

Quid du matériel de chemin de fer appartenant à une compagnie ?

La restitution du matériel devra être faite à la paix. L'équité exige en outre qu'une indemnité soit assurée aux légitimes propriétaires.

Le traitement des sociétés de transport est donc plus favorable que celui des sociétés de munitions et de dépôts. C'est ce qui ressort de l'article 6, *in fine*, déjà cité (1).

(1) ART. 6, *in fine*. — Le matériel des chemins de fer, les télégraphes de terre, de même que les bateaux à vapeur et autres navires sus-mentionnés seront restitués et les indemnités réglées à la paix.

Cet article n'établit pas une différence de traitement entre les transports d'État et les transports de société au point de vue de l'indemnité.

Le *Manuel d'Oxford* établit au contraire une différence tranchée entre ces deux cas. L'article 51 détermine que le matériel de transport de l'État sera restitué à la paix dans l'état où il se trouve;

L'article 55 exige une indemnité pour les moyens de transport appartenant à des sociétés.

En conséquence une Compagnie aurait à régulariser sa position vis-à-vis de l'État auquel on a adjugé le territoire sur lequel s'étend son réseau (1).

ART. 51, *Oxford*. — Le matériel de transport (chemins de fer, bateaux), ainsi que les télégraphes de terre et les câbles d'atterrissage, peuvent seulement être séquestrés pour l'usage de l'occupant. *Leur destruction est interdite* à moins qu'elle ne soit commandée par une nécessité de guerre. Ils sont restitués à la paix dans l'état où ils se trouvent.

ART. 55, *Oxford*. — Les moyens de transports (chemins de fer, bateaux, etc.), les télégraphes, les ... quoique appartenant à des sociétés ou à des particuliers, peuvent être saisis par l'occupant, mais ils doivent être restitués, si possible, et les indemnités réglées à la paix.

γ. Les *capitaux* sont par leur nature éminemment propres à servir aux opérations de la guerre. L'argent est le nerf de la guerre! L'autorité militaire pourra donc s'emparer de la fortune publique mobilière de l'ennemi. On considère cette appropriation, qui est une sorte de droit de faire du butin, comme un moyen légitime de contraindre l'adversaire à céder.

En conséquence, l'occupant pourra saisir les capitaux du gouvernement, c'est-à-dire des sommes disponibles et des valeurs ou créances exigibles, appartenant en

(1) Cf. art. 51 et art. 55.

propre et exclusivement à l'État, tout ce qui est numéraire ou susceptible de le devenir.

Le grand honneur de la Conférence de Bruxelles est d'avoir préparé un nouveau progrès en introduisant cette distinction, qui n'est pas posée dans les *Instructions américaines* (art 31), entre les capitaux de gouvernement et les capitaux déposés dans les caisses publiques ou administrés par l'État pour le compte de particuliers. Ces derniers capitaux devraient rester à l'abri de toute atteinte. Tel est souvent le cas des assurances contre l'incendie, des caisses d'épargne ou de retraite; des fonds qui ont une destination humanitaire et pacifique.

Quid pour le cas spécial d'une banque nationale, de la *Banque de France*?

D'après nos principes modernes, l'occupant ne devrait pas s'approprier l'encaisse métallique. Une banque nationale n'est pas une banque d'État; elle représente des intérêts particuliers.

Cependant une étroite solidarité unit la Banque de France à l'État français; elle ne lui a jamais marchandé son concours dans une situation critique. C'est une institution nationale. L'occupant, se basant sur ce qu'il doit avoir les mêmes droits que l'État vaincu, soutiendrait sans doute, nécessité aidant, son droit à y puiser des ressources. L'argent est un élément essentiel comme la poudre, et, sous l'impulsion du besoin, le vainqueur déposerait tout scrupule.

Cette conduite n'en serait pas moins une violation manifeste du principe de l'inviolabilité de la propriété privée. Nous ne pouvons reconnaître qu'un droit à l'envahisseur celui de mettre *sous séquestre* les sommes parfois considérables qu'il pourrait trouver dans les caisses de la banque, et d'empêcher ainsi l'application de ces capitaux à un but contraire à ses intérêts.

§ 2. — *Biens immobiliers.*

L'occupation ne transfère pas à l'envahisseur la propriété des biens immobiliers de l'État ennemi. Il ne peut donc pas en disposer définitivement. Il perçoit les fruits et se trouve substitué dans l'administration de son adversaire. Son titre est provisoire; aussi ne doit-il pas altérer la substance des choses et passer des contrats dont l'exécution ne se réaliserait pas pendant l'occupation.

ART. 52, *Oxford*. — L'occupant ne peut faire que des actes d'*administration provisoire* quant aux immeubles, tels qu'édifices, forêts et exploitations agricoles, appartenant à l'État ennemi.

Il doit sauvegarder le fond de ces propriétés et veiller à leur entretien.

La Conférence de Bruxelles reconnaît au contraire à l'État occupant un droit d'usufruit. C'est ce qui ressort de la lecture du protocole n° XII et de l'article 7 de la Déclaration de Bruxelles (1).

La Conférence de Bruxelles, tenant compte de l'importance des forêts au point de vue de l'hygiène publique et des influences météorologiques s'étend sur la question de l'exploitation forestière. L'intérêt en jeu est d'ailleurs plus considérable que dans une exploitation agricole ordinaire, où la conséquence d'une mauvaise administration n'atteint guère que le revenu d'une année. Le tort causé à l'exploitation forestière par une administration défectueuse s'étend au contraire sur une série d'années et ne se répare que difficilement.

(1) ART. 7, *Bruxelles*. — L'État occupant ne se considérera que comme administrateur et usufruitier des édifices publics, immeubles, forêts et exploitations agricoles appartenant à l'État ennemi et se trouvant dans le pays occupé. Il devra sauvegarder le *fonds de ces propriétés* et les administrer conformément aux règles de l'usufruit.

Trois systèmes ont été présentés pour assurer la conservation des forêts.

Premier système. — Le comte Chotek propose que l'exploitation se fasse d'après les règles et lois de l'administration forestière du pays occupant.

Deuxième système. — D'autres préfèrent que l'exploitation ait lieu conformément aux aménagements établis par l'administration locale.

Le général de Voigt-Rhets fait la critique de ces deux systèmes. Contre le premier, il insinue que les conditions d'un bon régime forestier varient d'un pays à un autre. Le deuxième ne pourra pas souvent être appliqué. Les fonctionnaires refusent de servir et emportent avec eux les livres, registres cadastraux.

Troisième système. — Quant à lui, il pense qu'il importe peu de procéder en vertu de tel ou tel système. Il suffit qu'on les exploite d'après les règles d'une bonne et régulière administration : « ce qu'il s'agit d'empêcher, c'est » l'exploitation sauvage » (*Raubwirtschaft*).

Nous savons ce que vaut son système. Il a été appliqué en Lorraine, pendant la guerre de 1870, pour l'exploitation des forêts de l'État. C'est en s'inspirant « de ces règles d'une bonne et régulière administration », que les Allemands ont procédé à des coupes dévastatrices et exagéré les aliénations de futaies.

La délégation du gouvernement français de la Défense nationale défendit sous peine de mort, en décembre 1870, aux ouvriers de Lorraine, de concourir à cette œuvre de destruction. Après la paix, la cour de Nancy annula les aliénations de futaie et punit les habitants qui s'étaient rendus adjudicataires des coupes (3 août 1872).

Suivant la cour, l'occupant n'était pas usufruitier ; on se trouvait en présence d'une simple jouissance de fait. Les actes qui n'avaient pas produit tous leurs effets, ne

pouvaient plus en produire lorsque cette situation venait à cesser.

La Conférence de Bruxelles n'accepta pas le système de nos juges. Elle attribue à l'État occupant un droit d'usufruit (1).

Le général de Voigts-Rhets va plus loin et pénètre sur le territoire de l'application. Il propose qu'il soit déclaré que les *contrats civils* passés pendant la durée de l'occupation, demeurent valables. Mais on se souciait peu de consacrer un système dont on sentait le caractère excessif.

Le général Arnaudeau fit observer que cette rédaction ne pourrait pas avoir de portée pratique et l'on s'en tint là.

Nous avons vu que la Réunion d'Oxford, s'inspirant avec raison des conséquences juridiques d'un tel principe, avait décidé, par son *article 52*, que l'occupant ne pourrait faire que des actes d'administration provisoire. C'est la solution libérale ; c'est celle qui doit s'appliquer aux autres biens immobiliers.

Pour les *exploitations agricoles*, l'occupant percevra donc les fruits naturels et industriels, ainsi que le prix des baux à ferme dans la limite de l'occupation. De même, s'il loue les *bâtiments de l'État ennemi*, le contrat prendra fin avec l'occupation.

B. — *Propriétés privées.*

(Articles 54 à 60.)

I

En cette matière éclate d'une façon évidente l'impossibilité de faire triompher dans la réalité les prescriptions du droit les plus précises, les plus ardentes aspirations de l'humanité.

(1) Voir note 1, p. 275.

Les philanthropes demandent qu'à l'ancien adage « la guerre nourrit la guerre », on substitue cette autre maxime plus conforme au progrès des mœurs et de la civilisation : « La propriété est inviolable ». Leur prétention est soutenue par l'opinion publique et prend l'ampleur d'une manifestation étayée sur la conscience universelle. Cependant leurs efforts restent vains. C'est que le droit est produit par la combinaison de deux facteurs, les aspirations humaines et les nécessités extérieures. Si nous voyons dans les aspirations l'élément essentiel, les nécessités n'en sont pas moins l'élément décisif.

On laisse en-dehors de la question, les *destructions matérielles*, suites inévitables d'une lutte. Une guerre aura toujours une somme irréductible de risques. C'est ainsi que la nécessité imposera toujours le rasement de maisons ou une coupe d'arbres. La réparation de ces dommages, sauf traité contraire, est du ressort de la législation interne de chaque État.

Le principe du respect de la propriété privée est aujourd'hui incontesté. Toutes les nations civilisées le reconnaissent. On cherche dans la pratique à le concilier avec les exigences de la guerre, et à établir dans quelle limite les nécessités du moment autoriseront la violation du principe.

Trois systèmes étaient en présence à Bruxelles, sur le traitement de la propriété privée en temps d'occupation.

1° *Projet suisse*. — « L'armée ennemie ne pouvait de-
» mander que ce qu'elle aurait été en droit de réclamer de
» ses propres populations. »

Ce système était dangereux en ce sens qu'il ne comportait aucune limitation. Il fut combattu. Il y aurait, pense-t-on, injustice à exiger de la population envahie, des sacrifices égaux à ceux que le patriotisme a pu dicter au peuple envahisseur.

2° *Projet russe.* — « L'ennemi ne pouvait exiger d'autres » prestations que celles auxquelles avait droit l'armée » nationale. »

Ce système est chaleureusement défendu par le directeur Vedel. C'est une matière analogue à celle de la quotité d'impôt qui peut être exigée par l'armée d'occupation ; on devrait donc la résoudre par le même principe : *la loi du pays !*

Mais le général de Voigt-Rhets en fait la critique. Il y a des pays, dit-il, où les services dus à l'armée nationale ne sont pas réglementés ou définis. Et le seraient-ils ? L'armée occupante ne les connaît pas et l'on ne peut demander qu'elle se mette à les étudier.

Pour lui, tout cela est plein d'artifices. Il se place au point de vue de *la logique militaire* et affirme que si humain que soit un général, son premier devoir est de songer à ses soldats, de fournir à leurs besoins. Un seul système lui semble donc acceptable, le suivant :

3° *Projet allemand.* — « Les prestations seront en rapport avec les nécessités de la guerre. »

On comprend ce qu'il y a d'inquiétant dans ces expressions « les nécessités de la guerre » n'est-ce pas l'arbitraire ? on cherche des palliatifs, « les prestations seront en rapport avec les nécessités de la guerre, *dans les limites des ressources du pays.* »

Que vaut cette limitation ?

Le feld-maréchal de Moltke se donne le soin de nous fixer sur ce point, dans son appréciation de l'article 54 d'Oxford :

« En campagne, le soldat qui endure des souffrances ne » peut pas ne prendre qu'en proportion des ressources du » pays... il faut qu'il prenne *tout* ce qui est nécessaire à » son existence. »

Le jugement porté par le feld-maréchal est spécifique ;

il est bon de l'avoir présent à la mémoire pour déterminer la portée pratique du principe moderne de l'inviolabilité de la propriété privée.

Les articles 38 des *Instructions américaines*, 40 de Bruxelles et 54 d'*Oxford* n'en sont qu'une paraphrase à peine déguisée. Tout au plus ressort-il de la rédaction de leur texte que la propriété privée soit *respectable*.

L'état de guerre fait donc peser de lourdes charges sur la propriété privée. La faculté de réquisition est reconnue à l'envahisseur pour la subsistance et d'une manière générale pour l'entretien des armées.

Ces réquisitions seront de deux sortes : ou bien des contributions en nature (fourniture de vivres, d'effets, de logement, de moyens de transport) ; ou bien des contributions pécuniaires.

II

Est-il possible de concilier, dans une certaine mesure, le fait de la nécessité des prestations avec le principe du respect de la propriété privée ?

Le principe est sacrifié ; ne peut-on pas cependant limiter, atténuer dans la pratique les restrictions apportées à l'inviolabilité ?

Le baron Lambermont pense que la limitation cherchée se rencontrerait peut-être dans l'obligation de payer les prestations. « Une armée qui se prépare à la guerre, s'assure d'abord et à ses frais les moyens d'entrer en campagne. Arrivée sur le territoire ennemi, elle se trouve dans le cas de chercher les moyens de subsistance qu'elle n'a pu amener avec elle ; mais ces moyens nouveaux, elle doit se les procurer de la même manière que les premiers, c'est-à-dire en les payant. » — Il propose donc de décider qu'une réquisition ne peut être ordonnée que contre paiement ou délivrance d'un reçu valant titre juridique à une indemnité pour celui qui a dû la subir.

Dans ce système, toute réquisition se traduirait donc par un titre recouvrable sur l'un des belligérants — et conséquence heureuse, sur laquelle insiste M. Lambermont, — le belligérant se modérerait, ignorant les conditions du traité de paix, et si le sort des armes n'imposera pas à son gouvernement le remboursement des réquisitions.

C'est le système qu'on retrouve en partie dans les articles 38 des *Instructions américaines*, 42 de Bruxelles et 60 d'*Oxford*.

Le général de Voigts-Rhets s'élève contre le système préconisé par M. Lambermont. Il réfute son raisonnement.

1° Qu'on ne croie pas que l'incertitude sur l'issue de la lutte soit une garantie de modération. La prévoyance d'un chef d'armée ne va pas si loin de prévoir les conséquences onéreuses d'un besoin à satisfaire « cet idéal d'officier n'existe pas ».

2° Il est impossible de trouver un moyen pour assurer l'authenticité et le caractère sérieux des reçus. Les reçus sont écrits le plus souvent à la hâte et au crayon. Ces quittances d'usage ne sont donc que des chiffons de papier sans valeur réelle. Quel pouvoir d'ailleurs serait chargé d'en déterminer l'authenticité?

3° Il va plus loin. Sans contester, en principe, que toute réquisition quelle qu'elle soit doive être suivie d'un paiement immédiat ou ultérieur, il assure qu'en réalité, il en sera, il en devra même être autrement. — En effet, à qui le paiement pourrait-il être réclamé? A l'État dont les représentants ont ordonné la réquisition et en ont profité; ce serait la solution juridique.

Peu importe! L'issue de la guerre seule en décidera. Toujours le vainqueur saura s'exonérer de ses engagements et en imposer l'exécution au vaincu.

Mais un État ne peut se soumettre théoriquement à une

responsabilité illimitée; il ne peut y avoir obligation pour lui d'indemniser ses sujets des réquisitions qu'ils ont subies pendant l'occupation étrangère. Le remède serait pire que le mal; ce serait admettre la théorie de *l'emprunt forcé*.

En résumé, dit-il, et cette conclusion nous éclaire sur la portée pratique des articles 38 des *Instructions américaines*, 42 de Bruxelles et 60 d'*Oxford*. Nous nous trouvons devant un fait; il ne dépend pas de nous que ce fait n'existe pas, et quoique nous fassions, nous ne l'empêcherons pas de se produire dans toutes les guerres.

On a accusé Bluntschli d'être au service de la politique conquérante de la Prusse; on assure qu'il a modifié son livre après la guerre. Il a pu le faire sous la considération de faits nouveaux et à son sens décisif. Son article 653 s'inspire assurément de l'idée du général de Voigts-Rhets (1).

Il distingue les contributions consacrées par l'usage dans le pays, — celles auxquelles avait droit l'armée nationale, — des contributions qui ont un caractère anormal exceptionnel.

Pour les premières, dit-il, la contribution doit être gratuite; elle se déduit du droit reconnu aux chefs de lever les impôts sur un territoire occupé.

Nous en déduisons par *à contrario* que, au delà de ces limites, toute contribution des habitants à l'entretien et au transport des troupes doit être *indemnisée*.

Et il ajoute, dans son commentaire, que les dédommagements dus aux particuliers peuvent être difficilement calculés et leur paiement est encore plus difficile à obtenir.

(1) ART. 653, *Bluntschli*. — L'armée qui occupe le territoire ennemi a le droit d'exiger que les habitants contribuent gratuitement à l'entretien et au transport des troupes et du matériel de guerre, si ces contributions étaient consacrées par l'usage dans le pays et ne sont pas contraires aux lois de la guerre.

Les réquisitions sont donc, la plupart du temps, pour les particuliers un mal inséparable de la guerre, et qui doit être supporté par ceux qui en sont atteints.

Semblables considérations étaient tenues par le général de Voigts-Rhets.

Le principe du respect de la propriété privée étant posé, on ne doit pas distinguer si le maître était là pour faire respecter son droit ou non.

La fuite en temps de guerre n'implique pas un véritable délaissement. On conserve toujours l'intention de posséder; on abandonne sous l'influence d'une grande peur ou devant l'impossibilité de faire autrement.

La théorie contraire est grosse de dangers. Elle semble avoir été soutenue en maintes circonstances par les armées allemandes en 1870. On a dit que les choses dont les propriétaires sont absents doivent être considérées comme délaissées et peuvent de ce fait être capturées par l'ennemi.

Des contributions pécuniaires.

Quelle est la règle ou la limite à établir en ce qui concerne la faculté d'imposer des contributions pécuniaires sur le territoire occupé ?

1° La contribution peut être un équivalent pour des impôts, par exemple à la suite d'une désorganisation de l'administration des finances. — Nul ne conteste cette application.

2° La contribution peut être un équivalent pour des prestations qui devraient être faites en nature.

M. Lansberge, délégué des Pays-Bas, a protesté contre la faculté de remplacer les prestations en nature par les prestations en argent. Cette faculté peut donner lieu à des

abus graves et tels qu'on demande simultanément la prestation en nature et en argent.

Voigt-Rhets soutient la thèse contraire et la base sur un exemple : « Une armée arrive dans une ville riche et » demande un certain nombre de bœufs pour sa nourri- » ture. La ville répond qu'elle n'en a pas. L'armée serait » donc obligée de s'adresser à des villages souvent pauvres » où elle prendrait ce qu'il lui faut. Ce serait une injus- » tice flagrante. Le pauvre payerait pour le riche. Il n'y » a donc d'autre expédient que d'admettre l'équivalent en » argent. *C'est du reste le mode que les habitants pré- » fèrent.* »

3° La contribution peut être prélevée à titre d'amende.

Le colonel comte Lanza, délégué de l'Italie, proposait que les amendes dussent constituer le seul moyen formellement reconnu pour punir la violation des lois et coutumes de la guerre. Ce moyen de châtimement est le seul qui ne soit pas repoussé par le sentiment public en matière de représailles.

Quel que fût le titre de la contribution, Martens proposait un règlement général portant que la contribution prélevée ne pût, en aucun cas, dépasser la somme des impôts payés au gouvernement légal par la localité imposée pendant un certain laps de temps, un mois par exemple.

Sa proposition n'a pas été prise en considération dans la rédaction de l'article 3 de Bruxelles et 58 d'*Oxford*.

Quid des contributions pécuniaires dont l'unique but serait d'enrichir la caisse de l'armée?

Elles sont réprouvées par l'opinion dominante comme un rachat déguisé du pillage. Le seul but légitime des contributions n'est pas d'enrichir le vainqueur, mais seulement de lui procurer, en pays ennemi, les objets indis-

pensables à l'entretien et au transport de ses troupes. — Les articles 44 de Bruxelles et 85 d'*Oxford* condamnent ce procédé par leur silence.

Que vaudra cette prohibition, quand on songe aux excès de la guerre Franco-Allemande? Dans la guerre d'Allemagne, en 1866, les Prussiens avaient déjà levé sans motifs suffisants des contributions en argent dans quelques-unes des villes qu'il avaient occupées.

En 1870, ils en ont fait un système. La contribution est devenue dans leurs mains une forme disciplinée et raffinée du pillage. C'est dans cet esprit qu'ils en ont abusé.

Leur pratique pourrait être caractérisée par cette formule que j'emprunte au colonel fédéral suisse von Rüstow, ancien élève de l'École militaire de Prusse :

« On peut imposer aux habitants des territoires occupés,
» des contributions *de toutes espèces*, et l'on devra souvent
» le faire dans *l'intérêt de l'armée envahissante*, pour lui
» procurer le nécessaire et lui donner même un certain
» *luxe*, de manière à maintenir la bonne humeur. Seulement
» il faudra, en faisant cela, demeurer toujours
» aimable (*immer liebenswürdig*) et s'en tenir le plus possible
» aux formes accoutumées. Chaque État a précisément
» habitué ses citoyens à se laisser épuiser, et facilite
» ainsi, même à un ennemi envahisseur, l'emploi de
» procédés relativement doux. »

CHAPITRE III

DE LA CONDITION DES PRISONNIERS DE GUERRE

Section I. — Régime de la captivité.

« Le sort des prisonniers de guerre a suivi les différents
» âges de la raison : les nations les plus policées les ran-
» çonnent, les échangent et les restituent ; les peuples à
» demi barbares se les approprient et les réduisent en
» esclavage ; les sauvages ordinaires les massacrent sans
» les tourmenter ; les plus sauvages des hommes les tour-
» mentent, les égorgent et les mangent (1). »

Voici une matière qui accuse les progrès les plus indéniables accomplis par le droit des gens. Nous sommes loin des procédés d'extermination qui caractérisaient la guerre aux premiers âges de l'humanité. Nous avons renoncé, depuis longtemps, sous l'influence du christianisme et d'une civilisation tous les jours plus humaine, à transformer en esclaves ceux que nous livrait le sort des armes. La féodalité reconnaissait déjà au vaincu le droit de se racheter et de recouvrer sa liberté moyennant rançon soldée au vainqueur. On voit dans les temps modernes, lors de la constitution des grandes monarchies, ce système de la rançon se centraliser au bénéfice de l'État. « A la conclusion de la paix, » nous dit M. Vassaux, dans

(1) Raynal, *Hist. phil.*, IX, 5.

son intéressant travail sur les prisonniers de guerre et les otages, « chaque belligérant rendra les prisonniers qu'il » a faits à son adversaire ; un système de compensation » s'établira entre les remises faites par chaque État à » l'autre et la différence sera réglée au moyen d'une » soulté qui sera le prix de la rançon. Cet état de choses » existait encore à la fin du XVIII^e siècle. »

De nos jours, la reconnaissance de ce principe que la guerre est un rapport d'État à État réalise de nouvelles améliorations dans la condition des prisonniers de guerre. Un immense progrès s'est accompli dans les relations entre vainqueurs et vaincus. L'ennemi désarmé, tombé au pouvoir de l'adversaire voit le but de la guerre terminé en lui ; on ne peut le traiter cruellement ou l'humilier ; on doit simplement le mettre en état de ne pas nuire. A la signature de la paix, les prisonniers recouvrent la liberté sans rançon ni condition d'aucune sorte.

ART. 61, *Oxford*. — (Préambule.) La captivité n'est ni une peine qu'on inflige aux prisonniers de guerre, ni un acte de vengeance ; c'est seulement un séquestre temporaire, qui doit être exempt de tout caractère pénal.

Dans les dispositions suivantes, il est tenu compte à la fois des égards qui sont dûs aux prisonniers et de la nécessité de s'assurer de leur personne.

Telles sont les considérations qui inspirent la coutume actuelle et qui se reflètent dans toutes les codifications dont notre époque a vu l'essai. Le maréchal de Moltke lui-même, bien que porté à contester l'opportunité d'une codification des usages de la guerre, reconnaît l'utilité pratique de dispositions concernant les prisonniers et la facilité de leur application. Il se rallie entièrement aux dispositions préconisées par les juristes d'Oxford ; il reconnaît que le chapitre III, *Des lois de guerre*, touchant la condition des prisonniers de guerre, constitue un progrès

essentiel du droit de la guerre, progrès dont la réalisation n'a rien d'utopique (1).

Caractère de la captivité. — « Un prisonnier de guerre » étant un ennemi public, édicte l'article 74 des *Instructions américaines*, est prisonnier du gouvernement et non de celui qui l'a capturé. » Cette même disposition est reproduite par l'article 23 Bruxelles et l'article 61 d'*Oxford*. Elle permet d'appliquer aux prisonniers de guerre un traitement uniforme et de les soustraire à l'animosité que les excès de la lutte pourraient déterminer chez les vainqueurs. On établit donc que les prisonniers de guerre sont faits pour le compte du gouvernement. Les individus qui les capturent n'ont que les pouvoirs nécessaires pour s'assurer de leur personne et les mettre à la disposition de l'autorité supérieure. C'est à celle-là qu'il appartient de disposer définitivement de leur sort.

ART. 61, *Oxford*. — Les prisonniers de guerre sont au pouvoir du gouvernement ennemi, mais non des individus ou des corps qui les ont capturés.

Cette reconnaissance du droit supérieur de l'État est la meilleure garantie de l'application de l'article 63 d'*Oxford* « que les prisonniers de guerre doivent être traités avec humanité. » En ce sens, ordonnance française de 1832 (art. 135). Ce serait une violence injuste, une violation du droit, une indignité que de maltraiter des prisonniers de guerre. Nul ne le conteste.

De même l'État capteur doit s'appliquer à faire préva-

(1) En 1870, l'Europe entière a rivalisé de charité pour adoucir le sort de nos prisonniers. Des associations se sont fondées à Bâle, pour servir d'intermédiaires entre les prisonniers et les familles, transmettre les correspondances et provoquer des allègements à leur sort.

loir à leur égard le principe de l'inviolabilité de la propriété personnelle.

ART. 64, *Oxford*. — Tout ce qui leur appartient personnellement, les armes exceptées, reste leur propriété.

On admet cependant que certains autres objets puissent leur être provisoirement retirés par mesure d'ordre et restitués au moment de leur libération. Cette pratique a été reconnue par les délégués de Bruxelles lors de la discussion de l'article 23. Le général de Voigt-Rhets avait exprimé qu'à son sens, si le prisonnier est porteur d'une forte somme d'argent, on doit pouvoir la séquestrer provisoirement. L'argent favorise les évasions. On donnerait d'ailleurs un reçu au prisonnier et on lui rembourserait la somme plus tard.

L'entretien des prisonniers s'impose à l'État qui les a capturés. Sauf convention contraire, les prisonniers de guerre devraient être nourris et habillés sur le même pied que les troupes du gouvernement. L'attribution définitive des frais pourrait d'ailleurs être déterminée par une convention survenue au cours des hostilités ou lors des négociations de paix.

ART. 69, *Oxford*. — Le gouvernement au pouvoir duquel se trouvent des prisonniers est chargé de leur entretien.

A défaut d'une entente sur ce point entre les parties belligérantes, les prisonniers sont traités, pour la nourriture et l'habillement, sur le même pied de paix que les troupes du gouvernement qui les a capturés.

C'est la reproduction de l'article 27 de Bruxelles. Lors de sa discussion, il fut convenu, sur la proposition des généraux Arnaudeau et de Voigt-Rhets, qu'on ne pourrait jamais stipuler pour les prisonniers, un régime meilleur que celui adopté pour les soldats du capteur. Il ne faudrait

pas, disait-on, qu'une comparaison désagréable pût être établie par ceux qui sont chargés de garder les prisonniers. La Conférence a donné plein assentiment à cet amendement.

En France, un règlement du 6 mai 1859 assure aux prisonniers de guerre un traitement honorable, et un régime sain. Il est reconnu conforme au droit des gens. Il se complète par un tarif du 5 mars 1855 sur la pension mensuellement allouée aux officiers prisonniers.

Les prescriptions qui précèdent ont pour but d'assurer aux prisonniers certains égards. D'autres tiennent compte de la nécessité de s'assurer de leur personne et prescrivent un ensemble de mesures destinées à assurer l'ordre et la discipline.

1° Quelle est la loi pénale applicable aux prisonniers de guerre ?

ART. 62, *Oxford*. — Ils sont soumis aux lois et règlements en vigueur dans l'armée ennemie.

C'est la reproduction de l'article 28 de Bruxelles.

Chaque Code militaire contient des instructions à cet égard. Le Code prussien dit que les délits des prisonniers seront réglés par la loi du pays qui les a capturés (1).

En France, ils sont justiciables des conseils de guerre pour les crimes et délits (art. 56, Code de justice militaire); quant aux fautes contre la discipline, elles sont punissables d'une détention qui ne peut excéder un mois qu'en vertu d'une décision ministérielle (Art. 24 et 25, Règlement de 1859, *Manuel français de droit international*).

Voigt-Rhets fit observer à Bruxelles que cette formule

(1) Il convient de blâmer cette disposition que tout soldat allemand est le *supérieur naturel* d'un prisonnier français.

Le Code russe a reproduit cette disposition.

du projet que « le prisonnier ne doit subir aucune violence » était trop vague. Il faut, dit-il, prévoir le cas de mutinerie ou d'opposition formelle du prisonnier de guerre aux ordres qui lui sont donnés. Tous les moyens nécessaires pour assurer leur soumission deviendront légitimes. Il est des circonstances où il est impossible de recourir aux tribunaux, par exemple pendant une bataille. — Il est évident qu'un commandant aurait le droit d'être implacable à l'égard de prisonniers qui agiraient sur ses derrières (1). Un vainqueur pourrait, dans un cas extrême, tuer ses prisonniers.

ART. 67, *Oxford*. — Tout acte d'insubordination autorise à leur égard les mesures de rigueur nécessaires.

2° *Évasion*. — On s'est demandé spécialement à Bruxelles, si le prisonnier de guerre qui prend la fuite peut être puni et de quelle manière?

Nul ne conteste pour le prisonnier le droit de tenter par tout moyen de reconquérir sa liberté ; c'est une préoccupation fort légitime et qui n'a rien de criminel en soi. Cependant « une évasion constitue un acte de réstancance et d'hostilité que le capteur doit nécessairement « prévenir ou réprimer ». (*Manuel français de droit international*.)

On a prévu les trois hypothèses qui peuvent se présenter.

a) Le prisonnier est surpris dans son évasion. L'emploi de la force sera permis contre lui. On est d'accord pour décider qu'avant de tirer, il soit procédé à une sommation de s'arrêter et de se rendre.

(1) L'histoire offre des exemples de ce fait. Le château de Prague, assiégé par les Impériaux en 1622, fut pris avec le concours de prisonniers révoltés.

Le maréchal de camp Servert estimait que trois sommations sont nécessaires ; il se pourrait, disait-il, que la sentinelle qui s'aperçoit de l'évasion criât et tirât en même temps. « Il y va de la vie d'un homme, » concluait-il.

Mais le général de Voigt-Rhets n'y regarde pas de si près. Il s'oppose à l'amendement du délégué espagnol, parce que, suivant lui, trois sommations ne servent qu'à favoriser la fuite des prisonniers.

b) Le prisonnier évadé est rattrapé dans sa fuite.

Suivant les uns, il doit simplement être ramené au lieu de sa détention et soumis à une surveillance plus rigoureuse.

D'autres, au contraire, demandent qu'il soit soumis à une peine disciplinaire ; car le prisonnier qui fuit est coupable comme le soldat qui quitte son logement.

c) Le prisonnier a pu quitter le territoire soumis au capteur, rejoindre l'armée de son gouvernement.

On pense généralement qu'aucune peine ne lui est applicable ; sans cela sa situation serait plus dure que celle de l'espion.

Cependant Voigt-Rhets ne partage pas cet avis. Il réclame une peine disciplinaire. L'espion perd sa qualité de belligérant pendant le temps de l'espionnage. Il ne la recouvre que lorsqu'il rentre à l'armée à laquelle il appartient. Le prisonnier évadé doit toujours rendre compte de la violation formelle de la loi du vainqueur. — Cette appréciation, qui ne paraît pas fondée, n'a pas prévalu.

L'article 68 d'Oxford prévoit toutes ces hypothèses et reproduit les articles 28 et 33 de Bruxelles.

ART. 68, *Oxford*. — Contre un prisonnier fugitif, on peut, après sommation, faire usage des armes.

S'il est repris avant d'avoir pu rejoindre son armée ou

quitter le territoire soumis au capteur, il est passible seulement de peines disciplinaires ou soumis à une surveillance plus sévère.

Mais si, après avoir réussi à s'échapper, il est capturé de nouveau, il n'est passible d'aucune peine pour sa fuite antérieure.

Les délégués de Bruxelles se sont également élevés contre une disposition du projet russe et un amendement de Voigt-Rhets qui punissaient tout complot de prisonniers de guerre en vue d'une fuite générale. — Punir préventivement un complot, disait M. Lanza, c'est punir une intention non réalisée ; c'est contraire à tous les principes du droit criminel. Il faut un commencement d'exécution, c'est-à-dire une rébellion.

Les *Instructions américaines* sont plus rigoureuses.

ART. 77, *Instructions américaines*. — « Si toutefois une » conspiration, ayant pour but une évasion collective ou » générale, est découverte, les *conspirateurs peuvent être » rigoureusement punis ; ils peuvent même être mis à mort.*

« La peine capitale peut aussi être infligée aux prison- » niers de guerre convaincus de tentative de rébellion » contre les autorités du gouvernement dont ils sont les » prisonniers et de complot dans ce but avec leurs com- » pagnons de captivité ou d'autres personnes. »

Il est évident que ces dispositions cesseraient de s'appliquer dans le cas où le fugitif aurait donné sa parole de ne pas s'évader. La violation de la parole donnée constitue un parjure et l'expose à une situation rigoureuse. Repris, il pourrait être privé des droits de prisonnier de guerre, traduit devant les tribunaux militaires. L'article 204 du Code français de justice militaire punit de mort « tout prisonnier de guerre qui, ayant faussé sa parole, est repris les armes à la main ».

L'article 124 des *Instructions des États-Unis* édicte éga-

lement que le prisonnier repris, après avoir violé sa parole, est puni de mort.

ART. 33, *Bruxelles*. — « Est privé des droits de prisonnier de guerre et traduit devant les tribunaux. »

ART. 68, *Oxford (in fine)*. — Toutefois, si le fugitif ressaisi ou capturé de nouveau avait donné sa parole de ne pas s'évader, il peut être privé des droits de prisonnier de guerre.

Traitement des captifs. — Pour faciliter la surveillance des captifs, assurer le bon ordre et empêcher les évasions, les prisonniers sont répartis en escouades et en compagnies ; on leur donne pour chefs des officiers ou des sous-officiers du pays capteur.

Cette organisation nécessite des indications exactes sur l'identité et le grade de chaque prisonnier de guerre. Chacun sera donc tenu, sur l'honneur, de faire cette déclaration en toute sincérité. Toute fausse déclaration pourrait entraîner certaines restrictions des avantages accordés, ou même l'application d'une peine disciplinaire.

ART. 65, *Oxford*. — Chaque prisonnier est tenu de déclarer, s'il est interrogé à ce sujet, ses véritables nom et grade. Dans le cas où il ne le ferait pas, il pourrait être privé de tout ou partie des avantages accordés aux prisonniers de sa catégorie.

Les prisonniers sont ordinairement soumis à l'*internement*, c'est-à-dire qu'ils sont maintenus dans une résidence forcée où la surveillance est facile. On ne peut les enfermer sans un motif grave.

ART. 66, *Oxford*. — Les prisonniers peuvent être assujettis à l'internement dans une ville, une forteresse, un camp ou une localité quelconque avec obligation de ne pas s'éloigner au delà de certaines limites déterminées ; mais ils ne peuvent être enfermés que par mesure de sûreté indispensable.

Travaux. — L'État capteur doit s'appliquer à fournir une occupation aux prisonniers qu'il détient. Leur santé

physique et morale en dépend. Les prisonniers peuvent donc être astreints au travail.

Cependant l'ouvrage auquel on les emploie ne doit pas être, sur le théâtre de la guerre, en rapport direct avec les opérations. On ne pourrait, par exemple, leur faire fortifier les positions susceptibles d'être utilisées au cours des hostilités, les employer dans des manutentions, dans des manufactures d'habillements destinées à alimenter l'armée ennemie. — De même ce serait un procédé révoltant que de leur extorquer, par des menaces ou des mauvais traitements, des révélations contraires aux intérêts de leur pays.

ART. 70, *Oxford*. — Les prisonniers ne peuvent être astreints d'aucune manière à prendre une part quelconque aux opérations de guerre, ni contraints à des révélations sur leur pays ou sur leur armée.

Les prisonniers peuvent être employés à des travaux publics ; ils peuvent être utilisés pour la création de routes, canaux, chemins de fer. Le canal de Saint-Quentin fut ainsi creusé pendant la Révolution. — Napoléon I^{er} occupait aussi ses prisonniers aux travaux de culture. C'est ainsi que au lendemain de la capitulation d'Ulm, il proclamait : « Des cent mille hommes qui composaient cette armée, soixante mille sont prisonniers. Ils iront remplacer nos conscrits dans les travaux de la campagne. »

De toute façon, le travail auquel on les astreint doit être modéré ; il serait cruel d'exténuer des hommes déjà fatigués par les vicissitudes d'une campagne malheureuse.

Il est bon aussi de répartir les travaux entre les prisonniers en tenant compte du grade et aussi de la profession antérieure. On éviterait ainsi une humiliation au vaincu. Voigt-Rhets, à Bruxelles, admettait que l'officier ne fût pas assujetti aux mêmes corvées que les soldats.

Mais, suivant lui, on devait simplement tenir compte du grade, et ne prendre aucune considération de la situation officielle dans le monde.

ART. 71. *Oxford*. — Ils peuvent être employés à des travaux publics qui n'aient pas un rapport direct avec les opérations sur le théâtre de la guerre, qui ne soient pas exténuants et ne soient humiliants, ni pour leur grade militaire, s'ils appartiennent à l'armée, ni pour leur position officielle, s'ils n'en font pas partie.

On autorise aussi les prisonniers à prendre part aux travaux de l'industrie privée. Ils gagnent un salaire qui devrait être employé à améliorer leur position.

On s'est demandé si l'État doit prélever sur cet argent les frais d'entretien? Il n'y a pas de règle du droit des gens qui s'y oppose. Quelques-uns cependant n'y sont pas favorables. Ce serait, pense-t-on, un encouragement à la paresse pour le prisonnier qui ne voudra pas travailler pour le compte de l'État.

En France, aucune retenue n'est faite; les fonds que se procurent les prisonniers servent à améliorer leur position, le reliquat leur est remis à la libération (art. 46, 53, 54, Règl. du 6 mai 1859).

ART. 72, *Oxford*. — Dans le cas où ils sont autorisés à prendre part aux travaux de l'industrie privée, leur salaire peut être perçu par l'autorité qui les détient, laquelle doit alors l'employer à améliorer leur position, ou le leur remettre au moment de leur libération, sous déduction, s'il y a lieu, des frais d'entretien.

A Bruxelles, le comte Lanza avait demandé à établir une distinction en faveur des prisonniers *non combattants*; ce ne sont pas en réalité des prisonniers de guerre. Le travail obligatoire, les lois et règlements militaires ne devraient pas leur être appliqués. On pourrait, d'un autre

côté, exiger qu'ils continuent à pourvoir eux-mêmes à leur entretien.

La distinction ne fut pas prise en considération.

Nous voyons qu'en 1870, les prisonniers civils sont précisément ceux qui ont été traités avec le plus de rigueur. On les employait aux travaux les plus répugnants, on les traitait avec dureté. Cette différence venait de l'idée accréditée pour les Allemands que ces prisonniers étaient des voleurs et des assassins.

Section II. — Cessation de la captivité.

La captivité peut prendre fin pour différentes causes. Les unes se produisent après la guerre, les autres pendant le cours des hostilités. — Nous allons examiner les principaux modes de libération.

I. — *De la libération des prisonniers à la fin de la guerre.*

ART. 73, *Oxford*. — Les motifs qui légitiment la détention de l'ennemi capturé n'existent que pendant la durée de la guerre. En conséquence : La captivité des prisonniers de guerre cesse de droit par la conclusion de la paix, mais leur libération est réglée d'un commun accord entre les belligérants.

La qualité de prisonnier de guerre disparaît donc par le seul fait de la cessation des hostilités. En droit, ils recouvrent leur liberté au moment même où l'état de paix succède à l'état de guerre. L'exercice de cette liberté, la libération effective est une question de fait dont la solution dépend des circonstances et de la volonté des belligérants. On fixe généralement un délai pour le renvoi des prisonniers de guerre. — La Convention de Ferrières (41 mai 1871) n'indiquait aucun délai fixe ; mais par l'ar-

ticle 6, les autorités allemandes s'engageaient à faire arriver sur chacun des trois points désignés pour la remise des prisonniers, quatre trains par jour de 800 à 1000 hommes chacun.

Les traités de paix et conventions qui stipulent le renvoi des prisonniers de guerre, le font en termes généraux; il semble donc que la libération stipulée doive s'appliquer même aux prisonniers qui ont commis des délits durant leur captivité et ont été condamnés de ce fait à une peine qui n'est pas encore expirée à la signature de la paix.

En ce sens, article 8, Convention de Ferrières : « Les » autorités allemandes remettront de la même manière, » soit à Charleville, soit à Lunéville, les militaires français détenus à la prison et au pénitencier de Metz, ainsi » que ceux qui pourraient être détenus dans d'autres » forteresses. »

M. Vassaux, dans sa thèse *Sur les prisonniers de guerre*, proteste contre cette solution. Il pense avec raison qu'une distinction doit être établie entre les délits de droit commun et les infractions nées dans la situation de prisonnier. Il réclame le renvoi de ceux qui ont été punis — souvent d'une façon rigoureuse — pour de simples infractions aux règlements militaires.

Contre ceux qui ont commis un délit de droit commun, doit au contraire s'appliquer la peine méritée. Il s'agit de délits que toutes les nations ont intérêt à réprimer; la remise en liberté du coupable ne doit avoir lieu que lorsqu'il a purgé sa condamnation. Tout au plus pourrait-on le changer de régime pénitentiaire en le faisant passer des prisons militaires dans les prisons de droit commun.

Le renvoi des prisonniers de guerre a lieu à l'ordinaire purement et simplement, sans qu'aucune condition accompagne leur libération. Cependant quelquefois certaines

clauses affectent leur renvoi. — C'est ainsi que l'article 3 du traité du 30 mai 1814 entre la France et la Grande-Bretagne, stipule l'acquittement préalable de toutes dettes contractées au lieu de l'internement.

« Les prisonniers de guerre respectifs sont tenus d'acquiescer avant leur départ du lieu de détention, les dettes particulières qu'ils pourraient y avoir contractées ou de donner au moins caution satisfaisante (1). »

La libération peut aussi être subordonnée au remboursement des avances faites pour l'entretien des prisonniers de l'adversaire.

II. — Autre cause de libération.

Avant la fin de la guerre et en vertu de la Convention de Genève, le renvoi des prisonniers blessés ou malades.

ART. 74, *Oxford*. — Elle cesse aussi de droit pour les prisonniers blessés ou malades qui, après guérison, sont reconnus incapables de servir de nouveau.

Le capteur doit alors les renvoyer dans leur pays.

Cette disposition est conforme à l'idée moderne de la guerre.

L'article 5 de l'Acte additionnel de 1868 stipule même que « les blessés tombés entre les mains de l'ennemi, » lors même qu'ils ne seraient pas reconnus incapables de servir, *devront* être renvoyés dans leur pays après leur guérison ou plus tôt, si faire se peut, à la condition toutefois de ne pas reprendre les armes pendant la durée de la guerre ».

Cette disposition est excessive et d'une application impossible. On a formulé différemment à Bruxelles, protocole n° VIII : Les blessés valides sont prisonniers de guerre; *ils pourront être renvoyés* et non *ils devront* !

(1) De Clercq, *Traité de la France*, t. 1^{er}, p. 146.

III. — *Troisième cause de libération : L'échange.*

ART. 75, *Oxford*. — Pendant la guerre..

Les prisonniers peuvent encore être relâchés en vertu d'un cartel d'échange convenu entre les parties belligérantes.

Les arrangements intervenus entre belligérants pour l'échange des prisonniers respectifs se nomment *cartels d'échange de prisonniers*. Ils sont d'un usage fréquent, et doivent être, nous l'avons dit, négociés et exécutés de bonne foi.

Ils sont négociés par les commandants en chef ou par des délégués du gouvernement, commissaires *ad hoc*, ou par l'intermédiaire d'un État neutre (1).

Les parties belligérantes fixent à leur gré les conditions de l'échange. Dans les siècles précédents, il se faisait généralement en observant un tarif pécuniaire. C'était en quelque sorte une rançon, un échange avec soulte.

De nos jours, on a coutume de les faire homme pour homme, grade pour grade, *par rang d'ancienneté de captivité*, sans qu'il soit tenu compte de l'arme. A défaut de prisonniers respectifs du même grade, on peut stipuler la remise d'un nombre plus élevé de prisonniers de grade inférieur.

Cette dernière clause fut toujours repoussée par nos législateurs de la Révolution, comme contraire aux principes de liberté et d'égalité.

Décret du 16 septembre 1792.

ART. 1^{er}. — Il n'y aura aucun tarif pécuniaire pour l'échange selon les différents grades.

ART. 2. — Il n'y aura pas de tarif d'échange tel qu'un offi-

(1) C'est ainsi que pendant la guerre de Crimée, s'entremet l'Autriche; les cartels d'échange entre belligérants furent négociés par son entremise.

cier ou un sous-officier de quelque grade que ce soit, puisse être échangé contre un plus grand nombre d'individus de grade inférieur (1).

IV. — *De la mise en liberté sur parole.*

Le mot *parole*, — dit l'article 120 des *Instructions américaines* — désigne l'engagement pris de bonne foi et sur l'honneur par un prisonnier de faire ou de ne pas faire certains actes déterminés, quand l'ennemi, à qui il donne sa parole, lui aura rendu une liberté complète ou partielle.

Cet engagement est un acte individuel. Il ne peut être pris par un corps de troupe tout entier, par une déclaration générale.

Ce contrat individuel constitue cependant plus qu'un acte privé; il oblige assurément le gouvernement du prisonnier mis en liberté sur parole. Cette obligation existe alors même que la législation militaire du pays interdirait aux nationaux d'accepter la liberté sur parole. Cette interdiction les expose aux peines édictées contre ceux qui l'enfreignent, mais ne saurait altérer le contrat d'honneur qu'ils ont souscrit à l'adversaire. Un gouvernement ne peut, sans manquer à la loyauté, donner du service dans ses armées à un prisonnier mis en liberté sur parole dont elle refuse de ratifier la promesse.

Le règlement militaire français interdit à nos officiers d'accepter la mise en liberté sur parole. Ils ne peuvent séparer leur sort de celui de leur troupe; ils doivent rester avec leurs soldats dans la bonne comme dans la mauvaise fortune.

L'engagement de la parole est un contrat de droit strict: il appartient donc au capteur de bien préciser les condi-

(1) De Clercq, *Traité de la France*, t. I^{er}, p. 219.

tions de la libération. Le prisonnier n'est tenu de remplir rigoureusement que les obligations souscrites. En 1870, les Allemands imposaient à nos prisonniers l'engagement de ne rien faire contre les intérêts de l'Allemagne.

ART. 76, *Oxford*. — Les prisonniers peuvent être mis en liberté sur parole, si les lois de leur pays ne l'interdisent pas.

Dans ce cas, ils sont obligés, sous la garantie de leur honneur personnel, de remplir scrupuleusement les engagements qu'ils ont librement contractés et qui doivent être clairement spécifiés. De son côté, leur propre gouvernement ne doit exiger ni accepter d'eux aucun service contraire à la parole donnée.

Le contrat est librement consenti de part et d'autre ; un prisonnier ne peut être contraint d'accepter sa liberté sur parole ; le capteur n'est jamais obligé de l'accorder.

ART. 77, *Oxford*. — Un prisonnier ne peut être contraint d'accepter sa liberté sur parole. — De même, le gouvernement ennemi n'est pas obligé d'accéder à la demande d'un prisonnier réclamant sa mise en liberté sur parole.

La coutume actuelle est de n'accorder la mise en liberté sur parole qu'aux seuls officiers. En principe cependant on reconnaît que la parole des soldats peut être aussi bien admise que celle des officiers. L'article 127 des *Instructions américaines* statue même sur la question : il dispose que les soldats pourront s'engager sur parole, s'ils y ont été autorisés par leurs officiers.

Quelques publicistes et notamment le comte de Houdetot, réclament l'adoption de cet usage. Ils demandent que tout prisonnier soit laissé libre sur parole. Ce serait un grand progrès dans l'adoucissement des lois de la guerre. Malheureusement sa réalisation soulèverait de graves inconvénients. Des officiers appartenant aux classes plus élevées où la parole d'honneur est en usage donnent cependant le fréquent spectacle de sa violation ; ne doit-on

pas, dans ces conditions, dit Bluntschli, hésiter à l'admettre de la part de simples soldats ou sous-officiers ?

Les exigences de la guerre font donc obstacle à l'adoption de ce desideratum.

La violation de la parole entraîne, nous l'avons dit plus haut, la privation des droits de prisonnier de guerre.

ART. 78, *Oxford*. — Tout prisonnier libéré sur parole et repris portant les armes contre le gouvernement auquel il l'avait donnée, peut être privé des droits de prisonnier de guerre, à moins que, postérieurement à sa libération, il n'ait été compris dans un cartel d'échange sans condition.

CHAPITRE IV

DES INTERNÉS EN PAYS NEUTRE

Section I.

Le projet russe, soumis à la discussion des délégués de Bruxelles, ne faisait aucune mention des internés en pays neutre. Le gouvernement belge combla cette lacune en présentant un chapitre spécial sur « les belligérants internés et les blessés soignés chez les neutres ».

Le baron Lambermont, chargé par ordre de son gouvernement de soumettre ce projet à la discussion de l'assemblée, en fit ressortir les avantages et en détermina les limites précises. On ne demandait pas à la Conférence de délibérer sur le code des droits et des devoirs de la neutralité prise dans un sens général ; mais il semblait rationnel, traitant la question de la condition des prisonniers de guerre, de suivre les prisonniers et les blessés passant sur le territoire neutre.

Quelques dispositions précises sur la matière dispenseraient les neutres d'improviser des solutions « dans le flagrant des événements militaires » ; d'autre part, les belligérants sachant d'avance ce qu'ils peuvent attendre des neutres, prendraient leurs mesures en conséquence. « L'humanité y trouverait son profit plus encore que la politique. »

La discussion fut des plus intéressantes. La question

traitée à fond et sous toutes ses faces amena l'échange de différentes idées et considérations, motiva l'émission de différents avis à signaler à l'attention des gouvernements.

La grande divergence des opinions s'opposa naturellement à la rédaction de dispositions concernant les cas particuliers. Les articles 53 et 54 sont l'expression des principes généraux; un État neutre doit interner tout belligérant qui pénètre sur son territoire et il doit subvenir à l'entretien de ceux qu'il interne. Au delà rien n'est précisé (1).

Certaines espèces prévues ont cependant une haute utilité pratique.

I. — *L'État neutre a-t-il le droit de mettre en liberté les prisonniers amenés par les troupes belligérantes qui se réfugient sur son territoire et qui y sont elles-mêmes désarmées et internées?*

En fait, le territoire neutre a offert un asile à une troupe acculée. Cette troupe avait le choix entre deux alternatives : se rendre à l'ennemi, auquel cas les prisonniers étaient immédiatement délivrés, ou passer la frontière neutre avec les prisonniers.

Or la neutralité ne peut pas nuire à l'un des belligérants. L'État neutre devra donc mettre en liberté les pri-

(1) ART. 53, *Brux.* — L'État neutre qui reçoit sur son territoire des troupes appartenant aux armées belligérantes les internera autant que possible loin du théâtre de la guerre.

Il pourra les garder dans des camps et même les enfermer dans des forteresses ou dans des lieux appropriés à cet effet.

Il décidera si les officiers peuvent être laissés libres en prenant l'engagement sur parole de ne pas quitter le territoire neutre sans autorisation.

ART. 54, *Brux.* — A défaut de convention spéciale, l'État neutre fournira aux internés les vivres, les habillements et les secours commandés par l'humanité. — Bonification sera faite à la paix des frais occasionnés par l'internement.

sonniers qui eussent été délivrés par leurs frères d'armes, si la frontière neutre ne s'était dressée entre eux (1).

D'ailleurs garder des prisonniers de guerre constitue un acte d'hostilité. Un État neutre ne doit souffrir chez lui l'exécution ou la continuation d'aucun acte de guerre.

On admit en général, à Bruxelles, le *principe de la mise en liberté*. — Cependant il ne fut pas possible de formuler un article de droit écrit qui aurait reconnu au gouvernement neutre le droit de concilier le maintien de sa propre neutralité avec le respect pour la liberté des prisonniers ainsi délivrés. On ne s'entendit pas.

Le projet belge réclamait simplement la faculté pour l'État neutre de relâcher les prisonniers de l'armée réfugiée.

Le baron Jomini et d'autres proposaient au contraire d'affirmer la cessation immédiate et nécessaire de la captivité.

Et dans ce dernier système, les uns voulaient que l'État neutre pût imposer aux prisonniers libérés un itinéraire pour empêcher toute combinaison de plans sur son territoire.

M. Lansberge, au contraire, refusait ce droit à l'État neutre : les prisonniers libérés doivent pouvoir rejoindre leurs compatriotes par le chemin le plus court ; sans cela le belligérant qui a respecté la frontière neutre n'aurait pas tous les bénéfices de sa victoire.

Bref on ne s'entendit pas. Le protocole XIX constate que, de cette discussion, il est résulté un simple avis, que la Conférence signale à l'attention des gouvernements :

« Les prisonniers amenés à la frontière de l'État neutre » par les troupes belligérantes cessent d'être prisonniers » d'après le droit des gens. »

(1) En ce sens Vassaux, Thèse.

II. — *Quelle doit être la conduite de l'État neutre à l'égard d'une troupe de belligérants qui franchit la frontière par erreur?*

La question fut posée incidemment au cours de la discussion de l'espèce précédente. Le général de Voigt-Rhets admettait la mise en liberté des prisonniers amenés par une troupe qui se réfugie en pays neutre ; mais il réclamait qu'une exception fût introduite au sujet des convois de prisonniers qui seraient amenés par erreur en territoire neutre. — Son amendement fut adopté à l'unanimité. « L'usage constant, dit M. Lambermont, est de ne pro- » céder en ce cas ni à la mise en liberté des prisonniers, ni » à l'internement de l'escorte. Le convoi doit être reconduit » à la frontière. »

Cette solution doit être généralisée. Ce n'est pas seulement quand un corps de troupe pénètre avec des prisonniers qu'il doit être reconduit à la frontière ; il en doit être de même chaque fois qu'une troupe pénètre par inadvertance sur le territoire neutre. Cette entrée par erreur n'occasionne aucun préjudice à l'adversaire. « Le » belligérant abusé souffrirait au contraire un dommage si » une seule erreur le privait de troupes que rien ne pouvait » lui ravir (1). »

Il n'y a donc pas lieu de procéder à l'internement. — Sur ce point encore aucune résolution ne fut cependant votée par les délégués de Bruxelles.

Le *Manuel des lois de la guerre sur terre* ne fournit également aucune solution sur ces importantes questions. Il est regrettable que les juristes d'Oxford n'aient pas pris l'initiative d'achever l'œuvre commencée à Bruxelles. Les

(1) Vassaux, Thèse.

résolutions qui y avaient été prises étaient formelles. Elles les autorisaient pleinement, semble-t-il, à transformer en articles du droit écrit, les avis formulés sur la matière. Il n'en a rien été fait. Le chapitre iv du *Manuel des lois de la guerre* n'est que la reproduction des articles, 53, 54 de Bruxelles. On se contente d'exprimer le principe de la nécessité de l'internement, qui se déduit « de ce qu'un » État neutre ne peut, sans compromettre sa neutralité, » prêter assistance aux belligérants et notamment leur » permettre d'emprunter son territoire ».

ART. 78, *Oxford*. — L'État neutre sur le territoire duquel se réfugient des troupes ou des individus appartenant aux forces armées des belligérants, doit les interner, autant que possible loin du théâtre de la guerre.

Il doit agir de même envers ceux qui empruntent son territoire pour des opérations ou des services militaires.

Ainsi donc le neutre a le droit et le devoir de retenir jusqu'à la fin de la guerre les combattants qui passent sur son territoire. Par son intervention, il protège les soldats poursuivis, mais les retient aussi pour ne pas favoriser une des parties belligérantes.

Par mesure d'ordre, les réfugiés sont désarmés et soumis à l'internement, c'est-à-dire astreints à une surveillance spéciale dans une résidence assignée. « Les soldats » internés, dit Bluntschli, ne sont pas prisonniers de guerre, » les belligérants pouvant seuls faire des prisonniers ; on » les interne par simple mesure de police politique. »

En ce sens, Déclaration belge du 6 août 1870.

Au cours des événements de 1870, le droit à l'internement fut contesté par les internés eux-mêmes. Une pétition signée par des internés français et appuyée par deux députés, MM. Demeur et Bergé, fut adressée à la Chambre belge, le 2 décembre 1870. On y exposait que la seule

obligation incombant au neutre est d'empêcher le belligérant de se reformer sur sa frontière pour attaquer à nouveau ; on y demandait que les réfugiés pussent conserver le droit de quitter le territoire neutre par une frontière autre que celle du théâtre de la guerre.

La pétition reproduisait en somme la thèse de Vattel, qui admet la mise en liberté du réfugié transporté à l'autre frontière. « Celui-ci peut accorder passage aux vaincus et les faire transporter outre ; mais il ne doit pas les laisser se reformer sur sa frontière pour attaquer à nouveau, sinon l'autre belligérant pourrait les y poursuivre (1). »

Cette théorie était admissible à une époque où les difficultés de communication formaient obstacle au retour rapide du réfugié dans son pays ; elle présenterait aujourd'hui de graves inconvénients, comme le fait ressortir M. d'Anethan, ministre des affaires étrangères de Belgique, dans sa réponse aux pétitionnaires. La Chambre donna pleinement raison au gouvernement (2).

Autre hypothèse. — Du prisonnier échappé qui parvient en pays neutre.

Il n'y a pas accord. — Les uns prétendent que l'internement doit s'appliquer à tout belligérant, d'où qu'il vienne. L'autorité militaire devra donc faire interner ceux qui s'échappent des prisons ennemies ; sans cela, le territoire neutre pourrait servir de base d'opérations aux prisonniers échappés.

D'autres, au contraire, pensent qu'on devrait affranchir formellement l'État neutre de toute obligation et de toute responsabilité, quant aux personnes qui, échappées à la surveillance de leur gardien, toucheraient son territoire.

Si le prisonnier s'évade, c'est que le capteur était en

(1) Vattel, liv. III, chap. vu, p. 433, *Droit des gens*.

(2) *Annales parlementaires de Belgique*, 1870-71, p. 272.

faute ; sa surveillance était insuffisante et l'État neutre n'a pas mission de l'aider à garder ses prisonniers (1).

Traitement des internés. — Les internés sont autant que possible éloignés du théâtre de la guerre. On les réunit par groupes, dans un fort, un camp, une place ou tout autre dépôt ; les neutres auraient même le droit de construire des baraques pour leur logement (Lambermont) (2).

Le neutre a tous les pouvoirs nécessaires pour assurer leur garde et leur soumission. « Cette *surveillance énergique* a une assez grande parenté avec les soins donnés à la garde des prisonniers de guerre (3). »

L'État neutre décidera si les officiers doivent séjourner avec leurs soldats ou s'il convient de les laisser libres, sur leur parole, de ne pas quitter le pays sans autorisation. Cet engagement d'honneur souscrit à la puissance neutre, produit ses effets à l'égard des belligérants. — Les noms des officiers renvoyés sur parole sont remis à l'adversaire, qui pourra les punir, le cas échéant.

ART. 80, *Oxford*. — Les internés peuvent être gardés dans les camps ou même enfermés dans les forteresses ou autres lieux.

L'État neutre décide si les officiers peuvent être laissés libres sur parole, en prenant l'engagement de ne pas quitter le territoire neutre sans autorisation.

M. Vassaux, dans sa thèse, demande que le droit de renvoyer sur parole les simples soldats, soit reconnu à l'État neutre, lorsque le nombre d'internés est trop con-

(1) *En ce sens*, M. Renault ; Vassaux. — *Contra* : Bluntschli et Rolin-Jaequemyns dans l'appréciation de l'affaire intentée contre l'État belge par un sous-officier français : l'État neutre ne peut être entraîné par des considérations tirées de droit privé ordinaire. »

(2) Cela paraît évident ; il en est sans doute parlé pour déduire le droit à l'indemnité.

(3) Bluntschli, art. 776, Remarque.

sidérable et devient encombrant. Ce serait évidemment une mesure fort délicate et dont l'application pourrait soulever les réclamations de l'adversaire.

Entretien. — A défaut de convention spéciale, l'État est obligé de pourvoir à l'entretien des internés (Art. 54. de Bruxelles).

L'interné devra être traité avec humanité, sans qu'il soit nécessaire, on l'a fait remarquer lors de la Conférence de Bruxelles, de traiter les prisonniers sur le même pied que les troupes qui les gardent.

Le *Manuel d'Oxford* indique en plus l'obligation de veiller à la conservation du matériel amené par les internés.

ART. 81, *Oxford*. — A défaut de convention spéciale pour ce qui concerne l'entretien des internés, l'État neutre leur fournit les vivres, les vêtements et les secours commandés par l'humanité.

Il veille aussi à la conservation du matériel amené ou apporté par les internés.

A la paix, ou plus tôt si faire se peut, les frais occasionnés par l'internement sont remboursés à l'État neutre, par celui des belligérants auquel ressortissaient les intéressés.

L'article 81 d'*Oxford* reconnaît donc d'une façon formelle pour l'État neutre le droit de réclamer les frais d'internements à celui de belligérants auquel ressortissaient les internés.

L'article 54 de Bruxelles ne tranchait pas la question. Il exprime seulement que « bonification sera faite à la paix des frais occasionnés par l'internement » sans décider à qui l'on devra s'adresser.

On a controversé sur le point de savoir qui des deux belligérants doit rembourser l'État neutre.

a) Il a été dit (1) qu'il faudrait réclamer l'indemnité au belligérant qui poursuivait les fuyards, parce que « en internant les troupes après les avoir recueillies, l'État neutre le dispense de prendre, de garder et de nourrir les fugitifs. » (Théorie du *Times*, 16 février 1871.)

b) Cette solution est paradoxale. Comme l'objecte Bluntschli, « l'État neutre, en recueillant et en soignant » les troupes en fuite, n'entre en relations directes qu'avec » ces troupes et l'État auquel elles appartiennent ».

Rolin-Jaequemys est du même avis. L'internement est la conséquence directe de la réception du vaincu. C'est la réception qui constitue le fait originaire, décisif.

Suivant le système qui a prévalu à Oxford, on a le droit de réclamer de l'État auquel appartiennent les troupes, le remboursement des dépenses.

« Cette créance, dit Bluntschli, repose sur le fait que » l'État neutre rend un service important à l'État étranger, » ou tout au moins entreprend de sauver les citoyens de » cet État étranger. »

Cette créance entraîne dans sa nature, un droit de rétention sur le matériel de guerres des internés. C'est ainsi que la convention du 1^{er} février 1871 intervenue entre les généraux Clinchant et Herzog, stipulait la remise à la Suisse des canons, armes, munitions, à charge d'être restitués à la France contre remboursement des dépenses faites pour l'entretien de l'armée française.

Le neutre sera donc principal intéressé à l'observation du deuxième alinéa, de l'article 81 d'Oxford; il veillera à la conservation d'un matériel qui lui est affecté comme gage de sa créance.

(1) Rolin-Jaequemys, *Revue de droit internat.*, 1870.

Cessation de la captivité.

Les internés sont renvoyés à la conclusion de la paix.

L'État neutre peut consentir un échange pendant les hostilités; renvoyer par exemple un nombre égal d'internés de chaque belligérant; mais il faut l'assentiment des deux États intéressés. Chacun peut avoir intérêt à refuser l'échange, l'État neutre également.

Les clauses de la Convention de Genève sont en général, applicables aux blessés et aux malades internés en pays neutre.

ART. 82, *Oxford*. — Les dispositions de la Convention de Genève du 22 août 1864 (articles 10 à 18; 35 à 40; 50 et 74 ci-dessus) sont applicables au personnel sanitaire, ainsi qu'aux malades et aux blessés, réfugiés ou transportés en pays neutre.

Le gouvernement neutre conserve cependant la faculté de suspendre ou de restreindre les effets de la Convention de Genève, si les règles de la neutralité l'y obligent. L'examen de la question du passage à travers les États neutres nous en fournira des exemples.

Section II. — Du passage à travers les États neutres.

Il importe de distinguer plusieurs hypothèses.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Le convoi est composé de prisonniers de guerre.*

L'autorisation du transit des prisonniers favoriserait l'exécution d'opérations militaires; ce serait donc la violation de la neutralité. Elle ne peut être accordée.

« Un belligérant ne peut conduire des prisonniers de guerre à travers un État neutre pour les tenir captifs. Garder et retenir des prisonniers est un acte de guerre

et les actes de cette nature sont défendus sur le territoire neutre (1).

Protestation de la France en 1859 contre l'autorisation donnée par la Bavière pour le passage des Français faits prisonniers par les Autrichiens.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Le convoi se compose de blessés ou malades prisonniers de guerre.*

La même solution s'impose. C'est violer la neutralité que de permettre le transit d'un convoi de ce genre. Ces blessés ou malades deviennent libres au moment où ils touchent le territoire neutre.

L'article 83 d'Oxford implique cette solution; il n'admet l'éventualité d'un transit que pour les blessés et malades *non prisonniers*. — Les juristes se sont inspirés des vrais principes.

Les délégués de Bruxelles procèdent différemment. L'article 55 de la Déclaration a un caractère général. Il s'applique aux blessés et malades, *indifféremment prisonniers ou non*. L'État neutre a toute faculté d'autoriser ou de refuser le passage, sous la seule réserve « que les convois ne transportent ni personnel, ni matériel de guerre (2) ».

Cet article ne fut pas voté sans une vive discussion. M. Lambermont ne voulait autoriser le passage qu'à la condition de rendre libres les prisonniers aussitôt leur guérison.

Voigt-Rhets proposait de laisser le passage à semblable quantité de soldats de chacune des armées belligérantes.

(1) Vattel, *Droit des gens*, t. III, liv. III, ch. viii, p. 132.

(2) Art. 55. *Bruxelles*. — L'État neutre pourra autoriser le passage par son territoire des blessés ou malades appartenant aux armées belligérantes, sous la réserve que les trains qui les amèneront ne transportent ni personnel ni matériel de guerre.

On s'était aussi demandé quel traitement on accorderait à l'escorte qui accompagnait les malades ou blessés. Sur l'observation du général Arnaudeau, que cette escorte n'était pas nécessaire, que les neutres sauraient bien protéger les convois, on se décida à n'autoriser le transit que sous cette réserve que les trains ne transporteraient ni personnel ni matériel de guerre.

TROISIÈME HYPOTHÈSE. — *Le convoi se compose de blessés ou malades « non prisonniers ».*

Il s'agit du transport des propres soldats du belligérant qui en fait la demande. La faculté d'autoriser le transit est reconnu à l'État neutre, par l'article 55 de Bruxelles, qui, on le sait, ne distingue pas les convois de blessés, prisonniers ou non.

De même le *Manuel d'Oxford*, s'inspirant de considérations d'humanité, accepte pour cette hypothèse une dérogation à la règle de l'internement.

ART. 83, *Oxford*. — Les évacuations de blessés et de malades non prisonniers peuvent transiter par un territoire neutre, pourvu que leur personnel et leur matériel soient exclusivement sanitaires.

L'État neutre chez lequel passent ces évacuations, est tenu de prendre à leur égard les mesures de sûreté et de contrôle nécessaires pour que les conditions qu'elles doivent remplir soient rigoureusement observées.

Cette solution doit être critiquée. Elle altère la véritable notion de la neutralité, qui interdit de prêter assistance à un belligérant et surtout de lui permettre d'emprunter ce territoire neutre. Le belligérant autorisé évacuera ses convois de blessés sur les chemins, voies de transport de l'État neutre. Il dégagera ainsi les voies pour les services militaires, et continuera d'affecter les communications directes au transport des vivres, munitions et renforts.

La coutume, qui s'inspire des nécessités pratiques,

décide à bon droit que cette autorisation de transit ne pourra être accordée par l'État neutre qu'avec la permission du belligérant adverse. C'est ainsi qu'après Sedan, l'Allemagne avait demandé à la Belgique de laisser passer des convois de blessés et malades sur son territoire. La Belgique refusa sur la protestation de la France (1).

QUATRIÈME HYPOTHÈSE. — *Convoi mixte.* — Parmi les blessés, les uns sont prisonniers, les autres ne le sont pas.

Appliquer les deux solutions : refus au passage des uns ; transit permis aux autres avec autorisation de l'adversaire.

(1) En ce sens : Vassaux, Thèse.

CHAPITRE V

SANCTION PÉNALE

(Articles 84-85-86.)

Le baron Jomini proposait, lors de la clôture de la Conférence de Bruxelles, que les gouvernements, pour assurer l'observation des lois et coutumes de la guerre, prissent des mesures nécessaires afin que ces règles fissent partie de l'*Instruction militaire* de leurs armées respectives. L'unification du précepte, *la loi unique* imposée à l'observation des armées, serait un moyen des plus efficaces pour faire respecter et exécuter les prescriptions du droit des gens.

On pourrait ensuite et conséquemment réaliser le vœu exprimé par le général Arnaudeau, en faveur d'une entente entre les puissances pour établir la concordance des *modes de répression* actuellement prescrits par leurs codes militaires, et pour rechercher les bases d'un accord en vue d'*unifier les pénalités* applicables aux crimes, délits et contraventions commis en violation du droit international. Après le précepte unique, on aurait contre sa violation, LA SANCTION UNIQUE. On ne s'arrêterait plus devant ces mots « sera livré à la justice » qui ne représentent actuellement rien de déterminé : on aurait un droit pénal de la guerre.

Le général Arnaudeau demandait spécialement qu'on édictât des peines analogues pour les délits suivants :

- 1° Pillage en bande et isolément ;
- 2° Vol au préjudice de l'habitant ;
- 3° Violence envers un blessé ;
- 4° Violation de la parole donnée par un prisonnier de guerre ;
- 5° Espionnage ;
- 6° Prolongation des hostilités au delà du délai convenu ;
- 7° Attaque à main armée ;
- 8° Hostilité en territoire neutre ou allié.

L'Institut de droit international appuie nécessairement et contribue autant qu'il est en lui, à réaliser les vœux formulés par la Conférence de Bruxelles. Le *Manuel d'Oxford*, rédigé à l'intention des gouvernements, les invite à unifier toutes les parties des règlements militaires intéressant les rapports des belligérants entre eux. On pose, dans la troisième partie de ce *Manuel*, le principe d'une sanction pénale pour le cas d'infractions contre ces règles communément admises.

ART. 84, *Oxford*. — Les violateurs des lois de la guerre sont passibles des châtimens spécifiés dans la loi pénale.

On y rappelle d'ailleurs, dans une note spéciale, ce grand principe de droit criminel que « les coupables ne doivent être punis qu'après jugement contradictoire, par celui des belligérants au pouvoir duquel ils se trouvent ».

Des savants agissant sous leur initiative privée, sans caractère officiel, ne pouvaient faire davantage. Il appartient à la politique internationale d'achever l'œuvre et de déterminer les peines qui seront applicables. — On devrait fixer d'une façon précise ce qui constitue le délit, la violation formelle de telles ou telles articles des lois de la guerre ; déterminer en outre l'étendue de la peine encourue et comment il convient qu'elle soit appliquée. — Cette codification des lois pénales de la guerre constituerait

un progrès considérable et mettrait un terme à bien des abus.

Souvent les belligérants oublient toute mesure dans la répression des délits de guerre. Emportés par la violence, affolés par la crainte d'un danger redoutable, ils perdent le sentiment de toute proportion entre le délit incriminé et la peine qu'ils infligent. Les infractions les plus légères sont réprimées par la mort et l'incendie; il n'est plus de mesure entre le délit et la peine.

Ce fut le système de répression pratiqué par les Allemands au cours de la guerre de 1870. Leur pratique fut particulièrement odieuse. Jamais mépris plus absolu de la vie humaine; jamais disproportion semblable entre la faute et la peine; jamais application plus brutale, plus injuste que ce principe de la responsabilité pénale de toute une commune pour le fait reproché à un seul individu. C'était tout un système combiné pour maintenir le pays envahi sous la *terreur*. Le sénateur Le Verrier, cédant à une émotion bien légitime, s'est écrié que ce n'était plus là « une guerre régulière, mais une guerre de sauvages ».

Les proclamations des commandants en chef des armées allemandes visent principalement les actes hostiles commis par des individus non militaires dans les parties du territoire occupées par l'ennemi, et la répression de ces actes. Elles s'appliquent donc à une partie des infractions prévues par le général Arnaudeau, dans son projet de codification pénale, notamment au cas de l'*espionnage* et à celui de l'*attaque à main armée*. Les dispositions prises par les autorités allemandes, sont aussi draconiennes dans le principe que sommaires dans l'application. Elles se déduisent en quelque sorte de ce fait, que tous les habitants « sont virtuellement à l'état de prisonniers de guerre sur parole (1) ». — L'expression du système fut

(1) Rolin-Jaequemyns, *Guerre de 1870*.

formulé certain jour comme axiome par le général Halleck.

Voici la teneur des proclamations allemandes :

ART. 1^{er}. — La juridiction militaire est appliquée par la présente.

Elle sera appliquée dans toute l'étendue du territoire français occupée par les troupes allemandes, à toute action tendant à compromettre la sécurité de ces troupes, à leur causer des dommages ou à prêter assistance à l'ennemi.

ART. 2. — Toutes les personnes qui ne font pas partie de l'armée française et n'établiront pas leur qualité de soldat par des signes extérieurs et qui :

- a) Serviront l'ennemi en qualité d'espions ;
- b) Égareront les troupes allemandes quand elles seront chargées de leur servir de guides ;
- c) Tueront, blesseront ou pilleront des personnes appartenant aux troupes allemandes ou faisant partie de leur suite ;
- d) Détruiront des ponts ou des canaux, endommageront les lignes télégraphiques ou les chemins de fer, rendront les routes impraticables ; incendieront des munitions, des provisions de guerre, ou les quartiers des troupes ;
- e) Prendront les armes contre les troupes allemandes ;

SERONT PUNIES DE LA PEINE DE MORT.

Dans chaque cas l'officier ordonnant la procédure instituera un conseil de guerre chargé d'instruire l'affaire et de prononcer le jugement. Les conseils de guerre ne pourront *condamner à une autre peine que la peine de mort*. Leurs jugements seront exécutés immédiatement.

ART. 3. — Les communes auxquelles les coupables appartiendront ainsi que celle dont le territoire aura servi à l'action incriminée seront passibles dans chaque cas d'une amende égale au montant annuel de leur impôt foncier.

Rolin-Jaequemyns, à qui il n'a jamais été reproché d'avoir porté contre les faits et gestes allemands une critique entachée de partialité, reconnaît et écrit que la proclamation allemande est blâmable à deux points de vue. Il critique violemment cette disposition qui défend

de condamner à une peine autre que la peine de mort. Il y a là, dit-il, un mépris de la vie humaine que la guerre même n'autorise pas... « Si le droit de la guerre est un droit de nécessité, il s'arrête là où cette nécessité finit. Or il ne peut être ni nécessaire, ni *même utile* de frapper indistinctement de la peine capitale des actes d'une importance aussi variable. Car ce qu'un pareil procédé peut avoir de terrifiant est plus que balancé par les sentiments d'horreur et de révolte que doit inspirer son application inflexible.

Il s'élève également contre le principe de la responsabilité pénale et collective des deux communes, tant celle dont le territoire a servi à l'action incriminée, que la commune à laquelle le coupable appartient. Cette mesure, pense-t-il, ne trouve également pas sa justification dans le droit de la nécessité.

On doit réprouver énergiquement d'autres mesures du même genre. Une proclamation de Beauvais spécifiait par exemple, que *toute attaque faite par surprise*, aurait pour conséquence l'incendie du lieu et que les habitants devraient déposer leurs armes, sinon les maisons où l'on trouverait des armes, seraient incendiées.

Pourquoi cette rigueur inutile, pourquoi la menace de l'incendie ? « Est-ce que la responsabilité des habitants ou des propriétaires n'aurait pas suffi ? »

En décembre, les exigences allemandes deviennent extrêmes. Certaines proclamations tendent à transformer les magistrats municipaux du pays envahi en agents, sinon en espions de l'armée envahissante. On menace d'incendier les villages qui donneront abri aux francs-tireurs, sans que le maire ne prévienne l'autorité allemande. Théorie singulière qui transforme en complicité le seul fait de la non-déclaration.

Une codification précise déterminant les délits et faits répréhensibles, édictant une peine proportionnée à la gravité de la faute, et ne l'appliquant que sous la garantie de certaines mesures destinées à éclairer le juge, éviterait tous ces abus, ces mesures injustes et barbares. Ces adoucissements, s'ils étaient admis, ne seraient nullement en contradiction avec la théorie de ceux qui pensent que la conduite de la guerre doit être « énergique ». On est obligé de reconnaître, avec Rolin-Jaequemyns, que seules des mesures répressives, sévères, peuvent empêcher « qu'une invasion ne dégénère en extermination ». Mais cette sévérité doit avoir des limites et surtout être dominée par le sentiment de la justice. Sans cela les mesures prises par l'adversaire excitent la haine, incitent à la vengeance et à la préparation de nouveaux méfaits.

Le droit des gens accepte d'ailleurs universellement que *le rebelle* puisse être condamné à mort, si semblable rigueur est jugée nécessaire. On considère comme rebelles, dit l'article 85 des *Instructions américaines* : « les individus qui, dans un territoire occupé ou conquis par une armée, se révoltent contre elle ou contre les autorités qu'elle y a établies ».

« Le rebelle, nous dit le docteur Lieber, est celui qui » *renouvelle* la guerre, *qui rebellat*, dans un territoire » déjà occupé. Partout ce genre de rebelle a été traité » avec la dernière rigueur par le droit militaire. Le » rebelle en temps de guerre expose l'armée occupante » au plus grand danger, et il empêche cet adoucissement » des rigueurs de la guerre qui est un des plus nobles » objets de notre droit moderne. Il n'y a pas de distinction » à établir entre le cas où le rebelle se soulèverait de son » propre mouvement et celui où il y serait secrètement » invité par le gouvernement précédent. »

On doit reconnaître cependant qu'il est des degrés dans la rébellion; que c'est mépris manifeste de toute idée de

justice, que d'édicter, comme les autorités allemandes, une peine unique et nécessaire, la mort, contre des faits, actions et tendances bien différents.

DES REPRÉSAILLES.

La philanthropie réclame depuis longtemps l'interdiction des représailles, « cette forme barbare et hypocrite de la justice qui substitue la vengeance au châtiment et frappe les innocents pour se consoler de ne pouvoir atteindre les coupables » (1).

La Conférence de Bruxelles, appelée à se prononcer sur cette question délicate, supprima à l'unanimité la section IV du projet russe intitulé *Des représailles*, ainsi que le projet russe nouveau d'un chapitre intitulé « Des violations des lois et coutumes de la guerre ».

C'est en vain que le baron Jomini avait développé devant ses collègues que l'intention du gouvernement russe était de limiter les représailles, non de les consacrer; qu'il était regrettable de laisser dans le vague du silence une des plus dures nécessités de la guerre et que malheureusement on ne supprimait pas la chose en s'abstenant de prononcer le mot.

On s'était laissé gagner par l'éloquente argumentation de M. Lambermont, pour qui le principe des représailles a par lui-même un caractère odieux. Cette matière — comme la commission l'a décidé pour d'autres cas, otages, guides — doit être laissée dans le domaine du droit non écrit, sous la sanction de la conscience publique, en attendant que les progrès de la science et de la civilisation apportent une solution complètement satisfaisante. « Sacrifions l'article tel qu'il est sur l'autel de l'humanité. »

Lord Derby ne manqua pas de faire observer que par

(1) *Revue des Deux Mondes*, 1875.

cette abstention, la conférence avait éludé une des principales difficultés qui s'imposaient à son étude.

Les savants et jurisconsultes ont apprécié différemment la conduite des délégués de Bruxelles.

L'Autrichien Neumann approuve la suppression. Il rappelle le mot de saint Augustin qui nomme le droit de talion, *justitia injustorum* (1).

M. de Landa pense au contraire qu'on eût dû stipuler formellement que la violation des lois de la guerre par l'une des parties ne dispense pas l'autre de leur observation.

Un militaire, le duc Nicolas de Leuchtemberg, écrivait en ce sens au professeur de Martens que le refus, par une armée ennemie, de reconnaître les lois de la guerre, ne justifie nullement la dérogation à ces principes par l'armée qui y déclarerait officiellement son adhésion. L'application de ces lois doit être *obligatoire*, non en ce sens que l'intervention d'un État tiers puisse rappeler le respect des lois nouvelles, mais obligatoire en ce sens qu'« un État saurait les faire respecter chez soi, par ses propres troupes » en toutes circonstances et toujours.

Le gouvernement impérial russe, dans la guerre de 1877, ne semble pas s'être inspiré d'un semblable desintéressement ; il a déclaré formellement que sa conduite se réglerait sur celle de son adversaire et qu'il n'observerait strictement les lois de la guerre que sous la condition de réciprocité (2).

(1) Question sur la Conférence de Bruxelles, *Revue de droit international*.

(2) En ce sens : Extrait du *Journal de Saint-Petersbourg*, 11/26 mai 1877 : « La déclaration du gouvernement impérial russe, sur les règles qu'il entend suivre pendant la présente guerre... afin d'atténuer les calamités de la guerre et de concilier autant que possible et sous réserve de réciprocité, les exigences de la guerre avec celles de l'humanité, l'autorité militaire se conformera dans ses actes à l'esprit des

MM. de Martens, Moynier et Bluntschli protestent au contraire contre la suppression du projet russe : « Des représailles ». Ils prétendent que plus ce droit est terrible, plus il convient de le réglementer ; et que, si le scrupule manifesté par les délégués était fondé, il s'appliquerait à tout ce qui concerne le droit de la guerre. L'humanité se révolte naturellement contre tout ce qui tient à la guerre « une chose mauvaise ne pouvant produire que des résultats mauvais » ; mais une fois admise en fait, il importe de restreindre le plus possible les effets néfastes de cet état cruel.

Leurs idées ont prévalu dans la Réunion d'Oxford. Le *Manuel* admet officiellement la pratique des représailles. Il essaye d'ailleurs d'en restreindre l'application. Il fait ressortir le caractère anormal de cette procédure, moyen extrême qui ne doit intervenir qu'en dernière extrémité, *ultima conditio, ultimum subsidium*.... Les représailles ne sont admissibles que lorsque l'infraction menace de rester impunie

« Si la loi pénale est impuissante, et si la partie lésée » juge le méfait assez grave pour qu'il soit urgent de rap-
» peler l'ennemi au respect du droit, il ne lui reste d'autre
» ressource que d'user du droit de représailles à son égard.

» Les représailles sont une exception douloureuse au
» principe général d'équité, d'après lequel un innocent ne
» doit pas souffrir pour un coupable et à celui qui veut
» que chaque belligérant se conforme aux lois de la guerre,
» même sans réciprocité de la part de l'ennemi. Mais cette
» dure nécessité est tempérée par la restriction suivante :

ART. 85, *Oxford*. — Les représailles sont formellement interdites dans le cas où le dommage dont on a lieu de se plaindre a été réparé.

principes posés à la Conférence de Bruxelles 1874, en tant qu'ils sont applicables à la Turquie et s'accordent avec le but spécial de la guerre actuelle. »

Les représailles correspondent à une véritable nécessité. Elles sont parfois la seule sanction efficace du droit de la guerre. M. Henri Brocher, dans son travail *Sur les principes naturels du droit de la guerre*, fait remarquer que dans le principe les représailles étaient inconnues; elles ont été le *symptôme d'un progrès*; c'est parce que la notion du droit s'était imposée dans les manifestations de la force elle-même, que la loi *du talion* put faire son apparition. De nouveaux progrès amèneront la diminution des représailles, peut-être même leur disparition. En attendant ces transformations, les représailles, intermédiaire entre la guerre qui est régulière et celle qui ne l'est pas, sont un moyen d'empêcher la guerre de devenir tout à fait barbare.

Les représailles doivent être employées, comme moyen de coercition, jamais comme châtiment (1). « Elles sont une seconde petite guerre accessoire ajoutée à la principale (2). » Elles supposent une règle de droit reconnue mais violée de fait.

Elles doivent être précédées d'une tentative pour obtenir une réparation amiable. En cas d'impossibilité d'entente, si toutes satisfactions et garanties demandées étaient refusées, il est notifié que, pour empêcher l'adversaire de persister dans un système interdit, on lui appliquera un traitement également défendu et rigoureux. Il convient d'ailleurs que la violation nouvelle ne puisse dépasser la première en importance. La coutume n'exige donc pas qu'on réponde à une infraction par une infraction identique.

Les représailles doivent toujours être ordonnées par un officier supérieur.

ART. 86, *Oxford*. — Dans les cas graves où des représailles apparaissent comme une nécessité impérieuse, leur mode

(1) *Manuel français de droit internat.*

(2) Brocher.

d'exercice et leur étendue ne doivent jamais dépasser le degré d'infraction commise par l'ennemi.

Elles ne peuvent s'exercer qu'avec l'autorisation du commandant en chef; elles doivent respecter dans tous les cas, les lois de l'humanité et de la morale.

FIN

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

- I. — Ce n'est pas à l'absence de rétroactivité de la condition accomplie dans les legs, que l'on doit rattacher l'intransmissibilité du legs conditionnel, *pendente conditione*.
- II. — Dans le texte de Papinien : *Dies incertus in testamento conditionem facit* (Loi 79, § 1, *De condit.*) l'expression *dies incertus* désigne uniquement une véritable condition cachée sous l'apparence d'un terme.
- III. — Dans le legs « *quum legatarius quatuordecim annorum erit* », la présomption que le testateur a voulu subordonner l'efficacité du legs à la condition que le légataire atteigne lui-même tel âge déterminé, n'est pas absolue. On doit considérer avant tout l'intention du testateur.
- IV. — Pratiquement, la considération de l'utilité du légataire a été pour beaucoup dans le recul du *dies cedens* du legs d'usufruit au jour de l'adition.

DROIT FRANÇAIS

- I. — Il peut y avoir et il y a un *droit de la guerre*.
- II. — Il y a opportunité à réaliser la *codification des usages de la guerre*; il en résultera une certaine moralisation de la guerre.

III. — La guerre est une *relation d'État à État*.

IV. — La guerre est une épreuve passagère : il importe donc d'éviter au cours de la lutte les violences excessives dont le souvenir ferait obstacle au retour de la paix durable. La guerre doit être *modérée*.

V. — L'intérêt national, autant que l'intérêt humanitaire et international, recommande l'adoption du service universel obligatoire.

VI. — La qualité de belligérant doit être acquise à toute personne qui combat pour son pays et se conforme aux lois de la guerre.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

- I. L'*arbitrium judicis* n'est jamais, à l'époque classique, exécutoire *manu militari*.
- II. — Dans les obligations à terme, le débiteur n'est pas mis en demeure de plein droit par l'échéance.
- III. — Le paiement du prix n'est pas nécessaire pour l'usucapion *pro emptore*.
- IV. — La constitution d'Antonin Caracalla n'a pas supprimé le *jus patrum*, mais remplacé seulement l'*ærarium* par le *fiscus*.

DROIT CIVIL

- I. — La donation d'une servitude, usage ou habitation, est soumise à la transcription par la loi de 1855.
- II. — La caution est subrogée contre le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué à la dette.
- III. — L'adjudication des immeubles du failli n'entraîne pas la purge virtuelle des hypothèques.
- IV. — Les servitudes continues et apparentes ne s'acquièrent pas par la prescription de dix à vingt ans.

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

- I. — Un État étranger ne peut être traduit devant nos tribunaux ni pour actes de souveraineté, ni même pour actes juridiques.
- II. — Dans le cas d'annexion, le *domicile* devrait être pris comme critérium du changement de nationalité.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. — Le scrutin uninominal est plus conforme aux principes de la représentation que le scrutin de liste.

DROIT ADMINISTRATIF

Le particulier atteint dans sa propriété par une délimitation inexacte du domaine public ne peut que poursuivre l'annulation par le recours pour excès de pouvoir devant le conseil d'État. Il n'a pas le droit de réclamer devant les tribunaux judiciaires une indemnité.

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu par le Président,
RENAULT.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA « DIEI CESSIO LEGATI »

INTRODUCTION.....	1
1 ^o Théorie générale de la <i>diei cessio</i>	2
2 ^o Époque de la <i>diei cessio</i>	9
3 ^o Effets de la <i>diei cessio</i>	56

DROIT FRANÇAIS

DE LA GUERRE CONTINENTALE

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I

Du droit de la guerre.

1 ^o La <i>guerre</i> : son but et ses moyens, autrefois et aujourd'hui.....	73
2 ^o Définition du <i>droit de la guerre</i>	76

3° Y a-t-il et peut-il y avoir un droit de la guerre.....	77
Historique. — Des progrès réalisés et à réaliser.....	79

CHAPITRE II

De l'opportunité d'une codification des usages de la guerre.

SECTION I.

1° Des avantages de la codification en général.....	84
2° Spécialement, des avantages d'une codification des usages de guerre.	
3° Notre époque est apte à réaliser la codification.....	85
Des objections formées contre la codification.....	86
Avis de M. Goubareff.	
Idées du comte de Moltke.	
Réfutation de ces objections.....	88
1° Lettre de de Martens.....	90
2° — du duc de Leuchtemberg.....	90
3° — de Bluntschli.....	91
Son <i>Droit international codifié</i>	92
Opinion de M. de Jomini sur la question.....	93

SECTION II. — CETTE CODIFICATION DOIT-ELLE ÊTRE PRÉCÉDÉE D'UN ENSEMBLE DE PRINCIPES ET DE DÉFINITIONS GÉNÉRALES?.....

94

SECTION III. — LA CODIFICATION DOIT-ELLE VISER CE QUI EXISTE OU CE QUI EST DÉSIRABLE?.....

98

SECTION IV. — LES DIVERS ESSAIS DE CODIFICATION.....

100

§ 1. — *Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique.*

Leur valeur et influence en Europe.

§ 2. — *Conférence internationale officielle de Bruxelles (27 juillet-27 août 1874).*.....

102

But de la Conférence. — Résultat obtenu. — Progrès
l'état de chose existant.....

105

De la proposition d'une nouvelle réunion à Péters-
bourg. — Elle avorte par suite de l'opposition déci-
dée de la Grande-Bretagne.....

109

§ 3. — Institut de droit international.....

112

But de l'Association.....

113

Du *Manuel des lois de la guerre* adopté à Oxford (9 sep-
tembre 1880).....

117

Appréciation sur sa valeur.....

123

DEUXIÈME PARTIE

ÉTUDE DU MANUEL D'OXFORD

CHAPITRE I

Conception moderne de la guerre (art. 1).

La guerre est une relation d'État à État.....	124
De la portée pratique de ce principe.....	128

CHAPITRE II

Qui est belligérant (art. 2 et 3) ?

A. — Du service obligatoire; ses avantages au point de vue international et national.....	129
Inefficacité des soulèvements populaires.....	130
Analyse de la discussion de la Conférence de Bruxelles.....	132
1 ^o Système de Voigt-Rhets : service militaire universel.....	133
2 ^o Système du duc de Tétuan liberté absolue de la défense.....	134
3 ^o Amendement présenté par le général Leer.....	135
B. — Des conditions à remplir pour être considéré comme belligérant.....	136
a) Système du professeur Lieber.....	136
b) Système allemand (1870).....	138
c) Appréciation de Rolin-Jaequemyns.....	139
d) Bluntschli.....	140
Solution de la déclaration de Bruxelles et du <i>Manuel d'Oxford</i>	141

CHAPITRE III

De la conduite des hostilités (art. 4).

A. — Du but légitime de la guerre.....	145
a) C'est « l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi » au sens littéral du mot.....	146
b) C'est l'affaiblissement de l'État ennemi.	
Rousseau.	
Déclaration de Saint-Pétersbourg (1868).....	147

B. — <i>Des procédés de guerre.</i>	
1° <i>Guerre modérée</i> (Kant).....	148
<i>Guerre de Crimée.</i>	
2° <i>Guerre énergique.</i>	150
<i>De Moltke : apologie de la guerre.</i>	
<i>Protestations de M. Lucas.</i>	
3° <i>Guerre sauvage.</i>	151
<i>Von Rüstow.</i>	
<i>Danrit (Guerre de demain).</i>	
Des considérations qui recommandent et doivent faire trionpher l'emploi des procédés modérés.....	152

CHAPITRE IV

Des rapports avec l'ennemi : conventions, négociations.

A. — <i>Loyauté et confiance</i> doivent former la base des rap- ports avec l'ennemi.....	157
B. — Conditions essentielles à la validité des conventions militaires.....	159
I. — <i>Suspension des hostilités.</i>	161
<i>Suspension d'armes et armistice.</i>	
II. — <i>Des capitulations.</i>	166

TROISIÈME PARTIE

APPLICATION DES PRINCIPES GÉNÉRAUX

CHAPITRE I

Des hostilités.

SECTION I. — RÈGLES DE CONDUITE A L'ÉGARD DES PERSONNES.

A. — Des populations inoffensives (art. 7).....	171
B. — Des moyens de nuire à l'ennemi (art. 8 et 9).....	175
α. Des procédés interdits comme perfides.	
1° Le poison.....	177
2° L'assassinat.....	179
3° Du port frauduleux des insignes.....	181
β. Des procédés interdits comme cruels.....	182

1° De l'emploi de certaines armes et projectiles.....	183
Déclaration de Saint-Petersbourg.	
2° Des souffrances inutiles.....	186
C. — <i>Des blessés, des malades et du personnel sanitaire</i> (art. 10 à 18).....	188
<i>Convention de Genève</i>	189
Tentatives de revision.....	190
Des sociétés de secours.....	194
Du matériel sanitaire (art. 35 à 41).....	200
D. — <i>Des morts</i>	205
E. — <i>Qui peut être fait prisonnier de guerre?</i>	207
1° Des messagers, des aéronautes (art. 21).....	208
2° Des non combattants (art. 22).....	210
F. — <i>Des espions</i> (art. 23 à 26).....	214
G. — <i>Des parlementaires</i>	222
SECTION II. — RÈGLES DE CONDUITE A L'ÉGARD DES CHOSES.	
A. — <i>Des moyens de nuire</i> (art. 32).....	226
<i>Du pillage</i>	227
Théorie du colonel von Rüstow.	
Théorie de Louvois : droit au ravage « pour faire le désert ».	
<i>Du bombardement</i> (art. 33, 34).....	233
De l'avertissement.....	235
Système des Allemands (1870).....	237
B. — <i>Du matériel sanitaire</i> (art. 35 à 40).....	200

CHAPITRE II

Des territoires occupés.

SECTION I. — DÉFINITION (art. 41).	
a) Portée juridique de l'occupation.....	246
b) Des faits constitutifs de l'occupation.....	249
c) Devoirs et droits de l'occupant.....	252
SECTION II. — RÈGLES DE CONDUITE A L'ÉGARD DES PERSONNES (art. 43 à 50).....	
a) Des lois en vigueur dans le pays occupé.....	254
b) Du personnel administratif en fonction.....	255
c) Traitement de la population.....	259
d) Des guides.....	261

SECTION III. — RÈGLES DE CONDUITE A L'ÉGARD DES CHOSES (art. 50 à 53).

A. — *Propriétés publiques.*

a) Impôts	262
b) Domaine public	265
c) Biens mobiliers de l'État	268
d) Biens immobiliers	273

Forêts.

B. — *Propriétés privées* (54 à 60)

La propriété privée est respectable	278
Réquisitions	279
Contribution	281

CHAPITRE III

De la condition des prisonniers de guerre (art. 60 à 78).

SECTION I. — RÉGIME DE LA CAPTIVITÉ	284
SECTION II. — CESSATION DE LA CAPTIVITÉ	295

CHAPITRE IV

Des internés en pays neutre (art. 79 à 83).

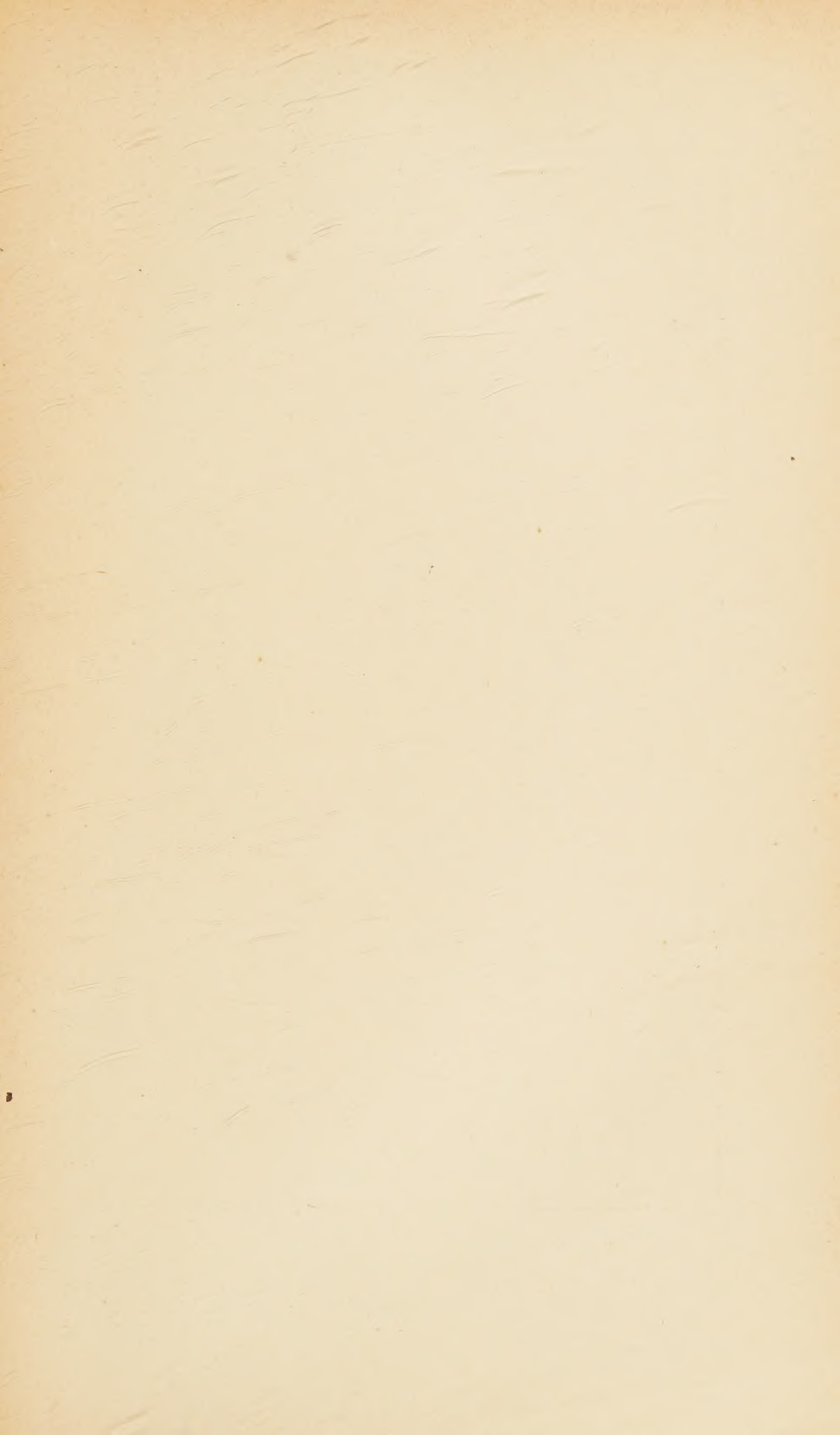
SECTION I. — RÉGIME DE L'INTERNEMENT	302
SECTION II. — DU PASSAGE A TRAVERS LES ÉTATS NEUTRES	311

CHAPITRE V

Sanction pénale.

SECTION I. — PÉNALITÉ	315
SECTION II. — DES REPRÉSAILLES	321

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.



810-91. — CORBEIL, IMPRIMERIE ÉD. CRÉTÉ.
